Bindung der Länder an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats von 1933 Rechtsnachfolge oder Funktionsnachfolge

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Rechtsanwalt Karl-Otto Hütter
aus Oberhausen/Rhld.

Tag der Promotion: 17. Juli 1964

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547227_0031

Bindung der Länder an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats von 1933 Rechtsnachfolge oder Funktionsnachfolge

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Rechtsanwalt Karl-Otto Hütter
aus Oberhausen/Rhld.

Tag der Promotion: 17. Juli 1964

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Erstreferent: Prof. Dr. Hans-Ulrich Scupin,
Zweitreferent: Prof. Dr. Friedrich Klein.

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Juli 1964.

G L I E D E R U N G .

A. Gültigkeit des Reichskonkordats.

		Seite
I.	Die aktuelle Problematik der Schulbestimmungen des Reichskonkordats.	1
II.	Die Rechtsnatur des Reichskonkordats.	2
III.	Bedenken gegen die völkerrechtliche Gültigkeit des Reichskonkordats.	4
1.	Gültigkeit des Zustandekommens.	4
	a) Formelle Bedenken gegen die Gültigkeit der Rechtsgrundlage.	4
	b) Materielle Bedenken gegen die Gültigkeit der Rechtsgrundlage.	6
2.	Die Legitimation des Reichspräsidenten.	9
3.	Bedenken aus dem Inhalt des Reichskonkordats.	10
4.	Sonstige Argumente gegen die völkerrechtliche Gültigkeit des Reichskonkordats.	11
IV.	Bedenken gegen die innerstaatliche Gültigkeit des Reichskonkordats.	12
1.	Fehlende Transformation in innerstaatliches Recht.	12
2.	Erlöschen durch Vertragsverletzung.	14
3.	Erlöschen durch Wegfall des Vertragspartners.	16
4.	Erlöschen durch Beschränkung auf das Deutschland unter nationalsozialistischer Herrschaft.	20
5.	Erlöschen aus dem Gesichtspunkt der clausula rebus sic stantibus.	22
	a) Änderung des Rechtszustandes ohne Kündigung oder Berufung auf die clausula.	23
	b) Wandel der politischen und kirchenpolitischen Verhältnisse.	24
	c) Innerstaatliche Umwandlungen.	25

Seite

6. Aufhebung durch Besatzungsrecht. 28
   a) Die Kontrollratsproklamation Nr. 2 28
   b) Die Direktive Nr. 6 der Alliierten Hohen Kommission 29
   c) Die Erziehungsanordnung Nr. 1 der Britischen Militärregierung 29
7. Widerspruch zum Grundgesetz. 30
   a) Art. 3 GG. 31
   b) Art. 4 GG. 32

B. Verfassungsmässige Verpflichtung der Länder gegenüber dem Bund zur Einhaltung der Schulbestimmungen des Reichskonkordats.

I. Die Vorschrift des Art. 123 Abs. 2 GG. 35
1. Das Reichskonkordat als "Staatsvertrag". 36
2. Die weiteren Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 123 Abs. 2 GG. 37
3. Die völkerrechtliche Vertragsgeltung als Voraussetzung für die innerstaatliche Geltung nach Art. 123 Abs. 2 GG. 38
   a) Art. 123 Abs.2 GG. als Regelung des innerstaatlichen Schicksals der Staatsverträge des Deutschen Reiches. 38
   b) Abhängigkeit der innerstaatlichen von der völkerrechtlichen Gültigkeit. 39

II. Art der Forgeltung. 40
1. Als Bundesrecht. 40
   a) Unteilbarkeit des Reichskonkordats. 40
   b) Die veränderte Verfassungslage. 41
2. Als Landesrecht. 42

III. Die Bindungskraft des Art.123 Abs.2 GG. 45
1. Besondere Bindungskraft als "Vertragsgesetz". 45
2. Die Bindungskraft des Passus: "Staatsverträge bleiben in Kraft". 48
3. Die Bindungskraft unter der Einschränkung: "wenn sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gültig sind und fortgelten". 49
4. Die Dauer der Geltung der Staatsverträge. 51
   a) Die Entstehungsgeschichte. 52
   b) Die systematische Stellung des Art.123 Abs. 2 GG. im Bonner Grundgesetz 55

Seite

c) Art. 123 Abs. 1 GG. 55

d) Das Verhältnis Bund-Länder nach dem Bonner Grundgesetz 56

5. Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes. 57

a) Innerstaatliche Auswirkungen des Art. 25 GG. 57

b) Die Bundestreue. 64

C. Unmittelbare Verpflichtung der Länder gegenüber dem Heiligen Stuhl zur Beachtung der Schulbestimmungen des Reichskonkordats.

I. Die Länder als neue Völkerrechtssubjekte 70

II. Abschluß des Konkordats auch für die Länder. 72

III. Verpflichtung der Länder aus Anknüpfung an die Rechtsperson des Deutschen Reiches. 73

1. Allgemeine Rechtsnachfolge kraft Staatensukzession. 73

2. Verpflichtung der Länder aus staatsrechtlicher Identität mit dem Deutschen Reich. 74

a) Identität Bundesrepublik - Deutsches Reich. 74

b) Lösungsversuch aus Billigkeitserwägungen. 77

c) Sinngemässe Anwendung der Grundsätze der Staatensukzession. 77

d) Identität der Länder mit dem Deutschen Reich. 79

IV. Verpflichtung der Länder aus dem Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge. 88

1. Der Begriff der Funktionsnachfolge. 88

2. Die Entwicklung des Begriffs der Funktionsnachfolge. 91

3. Ausprägung der Funktionsnachfolge in der Gesetzgebung. 95

4. Rechtsdogmatische Grundlage der Funktionsnachfolge. 97

a) Die Unternehmenspertinenz. 98

b) § 25 HGB. 99

Seite

c) Die Betriebsnachfolge. 102

d) Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft. 107

e) §§ 233 ff. Akt. G. 108

f) § 419 BGB. 110

g) Die Verbandsnachfolge. 110

h) Das Gesetz zu Artikel 131 Grundgesetz. 113

i) Die Kontinuität der öffentlichen Verwaltung. 114

k) Der Begriff der Zuständigkeit. 117

l) Der Rechts- und Sozialstaatsgedanke 120

5. Anwendungsbereich der Bunktionsnachfolge. 122

a) Beschränkung auf das öffentliche Recht. 122

b) Wechsel des Funktionsträgers. 123

c) Anspruchsgefährdung als Voraussetzung der Heranziehung des Rechtsinstituts der Funktionsnachfolge. 127

d) Ordnungsmässigkeit der Verbindlichkeiten. 129

6. Die Zuordnung der Rechte und Pflichten aus dem Reichskonkordat. 130

a) Die Funktionsnachfolge als geeignete Rechtsfigur zur Zuordnung von Rechtsverhältnissen des Deutschen Reiches. 130

b) Alleiniger Abschluß durch das Deutsche Reich. 132

c) Identität Bundesrepublik - Deutsches Reich. 133

d) Länder als Funktionsnachfolger. 135

e) Ordnungsmässige Verpflichtung des Deutschen Reiches. 135

f) Gefährdung der Rechtsposition 136

g) Funktionsnachfolge und Völkerrecht. 138

h) Herreissung des Konkordats in Bundes- und Landesrecht. 140

i) Qualität der Länder als völkerrechtliche Vertragspartner. 141

k) Einseitige Auswechselung des Vertragspartners. 142

l) Anerkenntnis der Anwendung der Funktionsnachfolge durch den Heiligen Stuhl. 146

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S .

Abendroth, Wolfgang	Die Haftung des Reiches, Preussens, der Mark Brandenburg und der Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts für Verbindlichkeiten, die vor der Kapitulation vom 8.5.1945 entstanden sind; in NJ. 47, 73 f.
Abendroth, Wolfgang	Zwiespältiges Verfassungsrecht in Deutschland, in AöR. 76, 1 ff.
Albrecht, Wilhelm	Das Recht der Revolution, 1934.
Altenberg, Bruno	Sicherheitsleistung von italienischen Klägern im Zivilprozeß, in NJW. 1951, 831.
Ambrosius - Löns - Rengier	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 Grundgesetz fallenden Personen einschließlich der bisher hierzu ergangenen Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften, Richtlinien ..... nach dem Stande vom 1. Okt. 1952, Kommentar, Tübingen 1952.
Anders, Georg	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 des Grundgesetzes fallenden Personen, 3. Auflage, Stuttgart - Köln 1954.
Anschütz, Gerhard	Kommentar zur Reichsverfassung, 12. Auflage, 3. Bearbeitung, Berlin 1930.
Anschütz, Gerhard	Die Reichsaufsicht, in Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 1, 1930.
Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Auflage, Berlin 1933.
Apelt, Willibalt	Geschichte der Weimarer Verfassung, 1946.
Arndt, Adolf	Zur Rechtsgültigkeit nationalsozialistischer Gesetze, in DRZ. 1948, 240.
Anzilotti, Dionisio	Lehrbuch des Völkerrechts, deutsche Übersetzung 1929.
Aubin, Bernhard	Ist das Haager Zivilprozeßabkommen heute in Deutschland anwendbar, in DRZ. 1948, 5. Beiheft, Gegenwartsfragen des Internationalen Privatrechts.
Baschof, Otto	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates - Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht, in VDStRL. Heft 12, S. 37, 1954.
Bayer, Hermann-Wilfried	Die Bundestreue, Tübingen 1961.
Bechert, Karl	Geschichtliche und juristische Betrachtungen zum Reichskonkordat von 1933 in Westdeutsche Schulzeitung Nr. 19 vom 13. 10.1955.

Becker, Hans-Joachim	Zur Rechtsproblematik des Reichskonkordats, München 1956.
Becker, Hans-Joachim	Die Bedeutung des Artikels 123 Absatz 2 des Grundgesetzes für die Reichsverträge in DVBl. 1955, 105 ff., 145 ff.
Becker, Hans-Joachim	Zum Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts, in NJW. 1957, 695.
Bergstraeßer - von Brentano	Das Bonner Grundgesetz, 1949.
Bonner Kommentar	(Kommentar zum Bonner Grundgesetz) Hamburg 1950.
Bilfinger,Carl	Gedanken zur Lage des Völkerrechts, Gedächtnisschrift für Jellinek, München 1955.
Bluntschli, Johann Caspar	Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten, 2. Auflage, Nördlingen 1872.
Born, Otto	Das Problem der Weitergeltung des Reichskonkordats und der Länderkonkordate nach dem Zusammenbruch des Reiches im Jahre 1945, Diss. Münster 1953.
Brandweiner, Heinrich	Die christlichen Kirchen als souveräne Rechtsgemeinschaften, Graz/Wien 1947.
de la Briere, Yves	Recueil des Cours, 1938.
Brierly, J.L.	Grundlagen des Völkerrechts, Berlin 1948.
Bruns, Viktor	Politische Verträge I, Berlin 1936.
Bullinger, Martin	Das Ausmaß der Bindung an das Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1158, S. 10-13.
Casoria, Giuseppe	Concordati e Ordinamento Giuridico Internazionale, Roma, Officium libri Catholici 1953.
Cohn, Ernst	Zum rechtlichen Problem Deutschlands, in MDR, 1946, S. 3.
Coing, Helmut	Die Geltendmachung von Forderungen gegen das Reich, in NJW. 1949, 203.
Coing, Helmut	Zur Abwicklung der Reichsschulden, in NJW. 1954, 817 ff.
Dahm, Georg	Völkerrecht, Band 1, Stuttgart 1958.
Däubler, H.	Die Funktionsnachfolge - Ein neuer Rechtsbegriff, in NJW. 1954, 5 ff.
Dietz, Rolf	Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München - Berlin 1955.
Dregger, Alfred	Die Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft - Die Rechtswirkungen der für AG., G.m.b.H., Genossenschaft und Verein vor dem Registereintrag vorgenommenen Rechtshandlungen, Köln 1951.
Dürig, Günter	Bedürfnis und öffentliches Interesse als Rechtsbegriffe, in JZ. 1953, 535.

Dürig, Günter	Der Deutsche Staat im Jahre 1945 und seither, in VDStRL. Heft 13, 27, 1955.
Eichhorn, Karl Friedrich	Grundsätze des Kirchenrechts, Band 1, Göttingen 1831.
Erler, Adalbert	Gutachten, in "Der Konkordatsprozeß", Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik in Mainz, Band II S. 641 ff., 724 ff., München 1957.
Fauchille, Paul	Traité de Droit International Public I, 8. Auflage.
Féaux de la Croix, Ernst	Die Problematik der Reichsverbindlichkeiten Heft 15 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 1955.
Feilchenfeld, Ernst	Public Debts and State Succession. New York 1931.
von Ferneck, Hold	Lehrbuch des Völkerrechts, Leipzig 1932.
Figge, Robert	Die Bedeutung des Reichskonkordats von 1933 für die praktische Rechtspflege in DRZ. 1948, 13.
Fischer, Alberg	Schule und Reichskonkordat. Ein Beitrag zur Lösung und Klärung einer umstrittenen Frage (Material und Nachrichtendienst der Arbeitsgemeinschaft deutscher Lehrerverbände).
Fischer, Otto	Das Problem eines Reichskonkordats, gelbe Hafte, 2. Jahrgang, 1. Halbband, München 1925/26.
Fleig, Paul	Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, Freiburg 1953.
Fleiner, Fritz	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928.
Forsthoff, Ernst	Verwaltungsrecht; Allgemeiner Teil, 1. Band 8. Auflage, 1961.
Friedrichs, Karl	Aus dem Kampf um die Schule, 1951.
Galperin, Hans	Betriebsnachfolge, in BB. 1952, 322.
Geiger, Willi	Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Kommentar, Berlin-Frankfurt.
Giese, Friedrich	Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Auflage, Berlin 1931.
Giese, Friedrich	Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie, in Familienrechtszeitschrift 1954,132.
Giese, Friedrich	Identität und Kontinuität bei Eisenbahn und Post, in DRZ. 1950, 104.
Giese, Friedrich	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, Frankfurt 1955.

v. Gierke, Otto	Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
Grewe, Wilhelm	Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Bundesrepublik, in DRZ. 1949, 313.
Grewe, Wilhelm	Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, in DRZ. 1949, 351.
Grewe, Wilhelm	Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik. Bonner Staatsrechtslehrertagung 1953, in VDStRL. Heft 12, 147 ff.
Grewe, Wilhelm	Ein Besatzungsstatut für Deutschland, 1948.
Groppe, Herbert	Das Reichskonkordat vom 20. Juli 1933. Eine Studie zur staats- und völkerrechtlichen Bedeutung dieses Vertrages für die Bundesrepublik Deutschland, 1954.
Gross, Werner	"Betrachtungen", in DVBl. 1957,378 ff.
Guggenheim, Paul	Lehrbuch des Völkerrechts I unter Berücksichtigung der internationalen und schweizerischen Praxis, Basel 1948.
Guggenheim, Paul	Lehrbuch des Völkerrechts II 1951.
Guggenheim, Paul	Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht. Heft 16 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe.
Haas, Diether	Abschluß und Ratifikation internationaler Verträge, in AöR., Band 78, 382.
Haensel, Carl	Das völkerrechtliche Element in der aktuellen Rundfunkgesetzgebung, in NJW. 1953, 365 ff.
Hatschek, Julius	Deutsches und Preußisches Staatsrecht, 2. Band, Berlin 1923.
Hatschek, Julius	Völkerrecht im Grundriss, Leipzig 1926.
Hatschek - Kurtzig	Deutsches und Preußisches Staatsrecht.
Haugg, Werner	Zur Eidesleistung der katholischen Bischöfe in Deutschland und zur Ernennung des neuen Ruhrbischofs in Mitteilung der Landesregierung Nordrhein-Westfalen v. 19.12.1957.
Heckel, Johannes	Zur Frage der Vereinbarkeit der Bekenntnisschule mit dem Grundgesetz, in DöV. 1950, 1; 1953, 593; 1954, 141.
Heckel, Johannes	Verträge des Reichs und der Länder mit auswärtigen Staaten nach der Reichsverfassung, AöRNF. 7, 1924.
Heegner	Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und Bundesgerichtshofes zum Gesetz 131, in NJW. 1954, 897.

Heffter, August Wilhelm	Das europäische Völkerrecht, 2. Auflage, 1848.
Heilborn, Paul	Der Staatsvertrag als Staatsgesetz, in AöR. 12, 141.
Herrfahrdt, Heinrich	Revolution und Rechtswissenschaft 1930.
Heppes, Georg	Die Grenzen des Elternrechts. Eine Betrachtung zur Rechtslage gemäss Bonner Grundgesetz, Reichskonkordat von 1933.
von der Heydte, Friedrich August Freiherr	Der Deutsche Staat im Jahre 1945 und bisher, in VDStRL. Heft 13, 6, 1955.
von der Heydte, Friedrich August Freiherr	Berichte von der Staatsrechtslehrertagung 1954, in DöV. 1954, 657.
Hilling, Nikolaus	Die Konkordate. Religiöse Quellenschriften, Heft 81.
Huber, Max	Staatensukzession, 1898.
Huber, Ernst Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, 2. Auglage, 1953.
Huber, Ernst Rudolf	Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich, Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht sowie aus dem Völkerrecht, Heft 44, Breslau 1930.
Huber, Ernst Rudolf	Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit, Band 1, 1951.
Huber, Ernst Rudolf	Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage, Hamburg 1939.
Ipsen, Hans Peter	Hamburg zwischen Krieg und Frieden, Festgabe für Raape, 1948.
Ipsen, Hans Peter	Über das Grundgesetz, Hamburger Universitätsrede, 1950.
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1931.
Jellinek, Walter	Gutachten, abgedruckt bei Alberg Fischer, Schule und Reichskonkordat. Ein Beitrag zur Lösung und Klärung einer umstrittenen Frage (Material und Nachrichtendienst der Arbeitsgemeinschaft deutscher Lehrerverbände). S.69 ff.
Jellinek, Walter	Kritische Betrachtungen zur Völkerrechtsklausel in den deutschen Verfassungsurkunden, in Festschrift für Kaufmann, Stuttgart 1950.
Jellinek, Walter	Allgemeine Staatslehre, Das Recht des modernen Staates, Berlin 1929, 3. Auglage.
Jennings, R.Y.	Yearbook of International Law, 1946.
Jennings, R.Y.	Die Rechtsnatur der alliierten Besetzung Deutschlands, in MDR. 1947, 178.

Kahl, Wilhelm	Die Deutschen Universitäten und der heutige Staat in Recht und Staat in Geschichte der Gegenwart, Tübingen 1926.
Kaiser, Joseph H.	Die politische Klausel der Konkordate, Berlin 1949.
Kaiser, Joseph H.	Die Erfüllung der völkerrechtlichen Verträge des Bundes durch die Länder. Zum Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 18 S. 526 ff.
Kaufmann, Erich	Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung,Stuttgart 1948.
Kaufmann, Erich	Nachrichten aus dem Rechtsleben, in DRZ. 1946, 247.
Kaufmann, Erich	Normenkontrollverfahren und völkerrechtliche Verträge in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, München 1955.
Kaufmann, Erich	Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911.
Kaisenberg, Georg	Das Ermächtigungsgesetz in DJZ. 1933, 458 ff.
Kegel, Hans	Rohstoff- und Rüstungskredite, in JZ. 1951, 385 ff.
Kelsen, Hans	The legal status of Germany according to the daclaration of Berlin in The American Journal of International Law, Band 39, 1945.
Kelsen, Hans	General Theorie of Law and State, Cambridge (Mass.) 1949.
Kern, Ernst	Das Reichskonkordat, in DVBl. 1954,449,
Kern, Ernst	Staat und Kirche in der Gegenwart, Hamburg 1951.
Klein, Friedrich	Die mittelbare Haftung im Völkerrechts, Die Haftung eines Völkerrechtssubjektes für das völkerrechtswidrige Verhalten eines anderen Völkerrechtssubjektes, Frankfurt 1941.
Klein, Friedrich	Neues deutsches Verfassungsrecht, 1949.
Klein, Friedrich	Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, in Z. Ges. Staats-Wiss. 106, 390 ff.
Klein, Friedrich	Die Rechtswirksamkeit der deutsch-fremdstaatlichen Doppelbesteuerungsabkommen in Steuer und Wirtschaft, 1947, Sp. 197 ff.
Klüber, Johann Ludwig	Öffentliches Recht des Teutschen Bundes, 4. Auflage 1840.

Koellreutter, Otto	Deutsches Staatsrecht, Stuttgart und Köln 1953.
Koeninger, Albert Michael	Die neuen deutschen Konkordate und Kirchenverträge, Kanonistische Studien und Texte, Band 7, 1932.
Koeninger - Giese	Grundzüge des katholischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts, 1949.
Köttgen, Arnold	Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, Recht und Staat, Heft 59, Tübingen 1928.
Kraus, Herbert	Die auswärtige Stellung der Bundesrepublik nach dem Bonner Grundgesetz, Göttingen 1950.
Kraus, Herbert	Die Behandlung völkerrechtlicher Verträge nach neuem Recht, in Reichs- und Preußischem Verwaltungsblatt, 1934.
Kraus, Herbert	Verwaltungsfunktionen der Legislative auf dem Gebiete der auswärtigen Angelegenheiten (Staatsverträge, Krieg und Frieden), in HBDStR. Band 2, 341.
Krüger, Herbert	Völkerrecht im Bundesstaat, Festschrift f. E. Kaufmann, 1950.
Krüger, Herbert	Bundesrepublik und Deutsches Reich, in SJZ. 1950, 113 ff.
Krüger, Hildegard	Völkerrechts- und Verfassungswidrigkeit der Zölibatsklausel für Polizeivollzugsbeamte in ZBR. 1955, 289.
Lange- Ronneberg	Die Konkordate, Paderborn 1929.
Laun, Rudolf	Haager Landkriegsordnung, 4. Auflage, Hannover 1948.
Laun, Rudolf	Gutachten, in "Der Konkordatsprozeß" Band III.
Laun - v. Mangoldt	Jahrbuch für internationales und ausländisches öffentliches Recht, überreicht zur 2. Hamburger Tagung der deutschen Völkerrechtslehrer vom 14. bis 16. April 1948.
Lauterpacht, Hersch	Recognition in International Law, Combridge (Mass.) 1948.
Lehmann, Heinrich	Allgemeiner Teil des BGB., 10. Auflage, Berlin 1957.
Liermann, Hans	Gutachten, in "Der Konkordatsprozeß", Band II, S. 743 ff.
Lewald, Walter	Deutschlands Rechtslage, in NJW. 1951, 343.
von Lizst, Franz	Lehrbuch des Völkerrechts, 10. Auflage, Berlin 1915.
von Lizst - Fleischmann	Das Völkerrecht, 12.Auflage, Berlin 1925.

Loening, Hellmuth	Rechtsgutachten über die Frage, ob das jetzige Land Thüringen Rechtsnachfolger des früheren Landes Thüringen und des Reiches ist, in DRZ. 1946, 129 ff.
Mann F.A.	Deutschlands heutiger Status, in SJZ. 1946, 466 ff.
von Mangoldt - Klein	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Berlin - Frankfurt 1957.
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 13. Auflage, Berlin und München 1964.
Maunz, Theodor	Gutachten, in "Der Konkordatsprozeß", Band II, S. 776 ff.
Mayer, Helmuth	Elternrecht, Schule und Kirche, in DVBl. 1955, 581.
Menger, Christian Friedrich	Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, in Recht und Staat, Heft 173, Tübingen 1953.
Menzel, Eberhard	Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, in VDStRL. Heft 12, 179 ff.
Meyer, Heinrich	Bedeutung der Gültigkeit des deutsch-italienischen Vertrages über die Auslieferung und die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen vom 12.6.1942/1.3.1953 in NJW. 1953, 1420.
Meyer - Anschütz	Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Auflage, München und Leipzig 1914.
Möhring, Philipp	Pensionsansprüche früherer Angestellter der Organisation der gewerblichen Wirtschaft, in BB. 1954, 632.
Mörsdorf, Klaus	Gutachten, in "Der Konkordatsprozeß", Band II, S. 811 ff.
Mosler, Hermann	Die völkerrechtliche Wirkung bundesstaatlicher Verfassungen, in Festschrift für Thoma, 1950.
Mosler, Hermann	Die auswärtige Gewalt im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, in Festschrift für Bilfinger.
Müller, Horst	Internationales Erbrecht nach dem Badisch-Schweizer Vertrag von 1856, Festgabe für Raape Hamburg 1948.
Müller -Erzbach	Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948.
de Muralt, R.W.G.	The Problem of State Succession, with regard to Treaties, Haag 1954.
Nawiasky, Hans	Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Köln 1950.
Nawiasky, Hans	Berichte von der Staatsrechtslehrertagung 1954, in DöV. 1954, 657.

Nawiasky-Leusser	Die Verfassung des Freistaates Bayern, München und Berlin 1948.
Naz, R.	Concordat, in Dictionaire de Droit canonique, 3. Band, Paris 1942.
Neuhäusler, Johann	Kreuz und Hakenkreuz, Band 2, München 1946.
Nikisch, Arthur	Arbeitsrecht, 2. Auflage, Band I, Tübingen 1955.
Oertmann, Paul	Allgemeiner Teil des BGB., 3. Auflage, Berlin 1927.
Oppenheim-Lauterpacht	International Law, 7. Auflage, Band I, London, New York, Toronto 1948.
Oppenheim-Lauterpacht	International Law, Band II, London, New York, Toronto 1952.
Oppikofer, Hans	Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927.
Ottaviani, Alfredo	Institutiones juris publici ecclesiastici, 2. Band, 3. Auglage, Rom 1949.
Pasquazi, Josephus	Jus internationale publicum, Rom 1935.
Peters, Hans	Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, Marburger Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer, in VDStRL. Heft 11, 177 ff, 1952.
Peters, Hans	Gutachten, in "Konkordatsprozeß", Band 2, Seite 648 ff.
Pfundtner-Neubert	Verfassung, Berlin 1940.
Pisko, Oskar	Das kaufmännische Unternehmen, in Ehrenbergs Handbuch, Band 2, Leipzig 1918.
Planck- Knoke	Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1913.
Poetzsch-Heffter	Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919. Ein Handbuch für Verfassungsrecht und Verfassungspolitik. 3. Auflage, Berlin 1928.
Rappard, William	Die Bundesverfassung der Schweizer Eidgenossenschaft 1348 - 1948, Zürich 1948.
Reichsgerichtsräte-Kommentar	zum BGB., Band 1, 10. Auflage, 1953.
Reinhard, Rudolf	Identität und Rechtsnachfolge, in NJW. 52, 441 ff.
Roedel - Paulus	Reichskirchenrecht und bayerisches Kirchenrecht, München und Berlin 1934.
Rothenbücher, Karl	Die bayerischen Konkordate von 1924, AöR. Band 8, 330.

Ross, Alf	Lehrbuch des Völkerrechts, Stuttgart und Köln 1951.
Rousseau, Charles	Droit international public, Paris 1953.
Sanders, Theodor	Der Einfluß der Staatensukzession auf die Rechtslage der Katholischen Kirche im Sukzessionsgebiet, 1927.
Sauer, Ernst	Grundlehre des Völkerrechts, 3. Auflage, Köln - Berlin 1955.
Sauser - Hall	Schweizer Jahrbuch für internationales Recht Band I, 1944; Band II 1945; Band III, 1946; Band IV, 1947.
Schäfer, Hans	Der Bundesgerichtshof und die Weimarer Verfassung, in DVBl. 1953, 421.
Schätzel, Walter	Gutachten über die Transformation, Partnerschaft und sonstige Probleme des Reichskonkordats von 1933, in "Der Konkordatsprozeß",Band 3.
Scheuner, Ulrich	Gutachten über den Rechtsbestand des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich vom 2o. Juli 1933, in "Der Konkordatsprozeß",Band II, S.670 ff.
Scheuner, Ulrich	Grundfragen der Staatshaftung für schädigende Eingriffe, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, München 1955.
Scheuner, Ulrich	Die staatsrechtliche Kontinuität Deutschlands in DVBl. 1950, 481.
Scheuner, Ulrich	Die Funktionsnachfolge und das Problem der staatsrechtlichen Kontinuität - Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, in Festschrift für Nawiasky, München 1956.
Schlochauer, Hans Jürgen	Deutschlands völkerrechtliche Stellung und die zukünftige Friedensregelung, in DRZ. 1947, 118.
Schmid, Karl	Die politische und staatsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, in DöV. 1949, 201.
Schmitt, Carl	Kirchliche Selbstverwaltung im Rahmen der Reichsverfassung 1926.
Schmitt, Carl	Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, in DJZ. 1933, Sp. 455 ff.
Schmitt, Carl	Verfassungslehre, München und Leipzig 1928.
Schneider, Franz Egon	Die rechtliche Natur der Vereinbarungen zwischen Staat und Kirche, Dissertation, Münster 1906.
Schneider, Hans	Das Ermächtigungsgesetz vom 24.März 1933. Bericht über das Zustandekommen und die Anwendung des Gesetzes, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, 1953.

Schneider, Philipp	Die heutige Rechtskraft der Bulle de salute animarum, in "Theologie und Glaube", 1926.
Schoen, Paul	Die Rechtsgrundlagen zwischen Staat und Kirche und die Verträge der Kirchen untereinander, in AöR.NF. Band 21, 317 ff.
Schröer, Leopold	Die Verantwortlichkeit für Amtspflichtverletzungen der Justizbeamten, in DRZ. 1948, 228 ff.
Schreiber, Georg	Gegenwartsprobleme des Rechts, Band 2, herausgegeben von Conrad und Kipp (Veröffentlichungen der Sektion für Rechts- und Staatswissenschaft der Görres-Gesellschaft, Heft 2, 1950 Paderborn.
Schröcker	Die Wiederanwendung der Vorkriegsverträge nach dem Grundgesetz, in DVBl. 1954, 486/525.
Schüle, Adolf	Die Umwandlung völkerrechtlicher Verträge des Deutschen Reichs im deutschen Landesrecht, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1936.
Schultz, Günther	Rundschau, Blick in die Zeit, in MDR. 1956, 398 ff., 1957, 337 ff.
Schwarzenberger, Georg	Einführung in das Völkerrecht, Tübingen 1951.
Seuffert, Walter	Anmerkung zur Entscheidung des LG. Oldenburg, in NJW. 1947/48, 629.
Smend, Rudolf	Reichskonkordat und Schulgesetzgebung, in JZ. 1956, 265, 352, 395.
Soergel - Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, 8. Auflage, Stuttgart - Köln 1952.
Sohm, Rudolph	Das Verhältnis von Staat und Kirche in Zeitschrift für Kirchenrecht Band 11 S. 157 ff, 1873.
Spreng-Birn-Feuchte	Die Verfassung des Landes Württemberg, Stuttgart und Köln 1954.
Staudinger-Boehmer	Kommentar zum BGB., 11. Auflage, Band 5,5, Erbrecht, Berlin 1954.
Steinbömer, Feuke	Die Funktionsnachfolge, Heidelberg 1957.
Stödter, Rolf	Grundgesetz und Völkerrecht, in DöV. 1949, 266.
Stödter, Rolf	Deutschlands Rechtslage, Hamburg 1948.
Stutz, Ulrich	Konkordat und Kodex, Sitzungsberichte der Preussischen Akademie der Wissenschaften, phil.hist. Klasse, 1928.

Süsterhenn, Adolf	Die naturrechtlichen Grundlagen der internalen Zusammenarbeit, Heft 3 der Schriftenreihe der Europäischen Akademie.
Süsterhenn-Schäfer	Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Koblenz 1950.
Süsterhenn, Adolf	Grundgesetz und Bekenntnisschule, in Rhein. Merkur, Nr. 45, vom 4.11.1955.
Thiele, Friedrich	Rechtsstellung und Wiederbeschäftigung entnazifizierter Beamter in der Britischen Zone, in DV. 1949, 428.
Thieme, Werner	Reichskonkordat und Länder, Zur Frage der Vertragspartnerschaft zwischen Bund und Ländern hinsichtlich der Schulartikel des Reichskonkordats, Göttingen 1956.
Thoma, Richard	Die rechtliche Struktur des deutschen Staatswesens, sein Staatsgebiet und seine Staatsbürgerschaft, in HBDStR. Band 1, 169 ff.
Triepel, Heinrich	Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899.
Triepel, Heinrich	Die Kompetenzen des Bundesstaates und die geschriebene Verfassung, Festgabe f. Laband, 1908.
Triepel, Heinrich	Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Festgabe für Kahl, 1923.
Triepel, Heinrich	Die Reichsaufsicht, Untersuchung zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1917.
Ullmann, E.	Völkerrecht, 2. Auflagen, Leipzig und Tübingen 1898.
Verdross, Alfred	Völkerrecht, 3. Auflage, Wien 1955.
Verdross, Alfred	Gutachten, in "Der Konkordatsprozeß", Band 2, S. 715 ff, 720 ff.
Wacke, Gerhard	Das Finanzwesen der Bundesrepublik, Tübingen 1950.
Wacke, Gerhard	Anmerkung zu Entscheidung des Bayr. Verf. GH. in JZ. 1951, 147.
Wagnon, Henri	Concordats et Droit International, Gembloux 1935.
Weber, Werner	Das Reichskonkordat in der Deutschen Rechtsentwicklung, in ZAkdR. 1938, 534.
Weber, Werner	Die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften 1948.
Weber, Werner	Die staatskirchenrechtliche Entwicklung des nationalsozialistischen Regimes in zeitgenössischer Betrachtung, in Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festgabe für Smend, 1952.

Weber, Werner	Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, in VDStRL., Heft 11, 153 ff.
Wengler, Wilhelm	Gutachten, in "Der Konkordatsprozeß", Band 3.
Wengler, Wilhelm	Zur bindenden Wirkung des Konkordatsurteils in NJW. 1957, 1417.
Wengler, Wilhelm	Betrachtungen zum Besatzungsstatut, in NJW. 1949, 883.
Weipert, Otto	Großkommentar zum Aktiengesetz, Berlin 1939.
Wolff, Bernhard	Wie weit gilt nach Artikel 123 bis 126 des Grundgesetzes bisheriges Recht fort? in DRZ. 1950, 1.
Würdinger, Hans	Großkommentar der Praxis, Handelsgesetzbuch, I. Band, 2. Auflage, Berlin 1953.
Zachariae, Heinrich Albert	Deutsches Staats- und Bundesrecht, 1865.
Zinn, Georg August	Das staatsrechtliche Problem in Deutschland, in SJZ. 1946, 4 ff.
Zinn - Stein	Die Verfassung des Landes Hessen, Kommentar, Band 1, Berlin 1954.
Zoepfl, Heinrich	Grundsätze des gemeinen Staatsrechts, Band 1, 5. Auflage, 1863.
Zorn, Philipp	Lehrbuch des Kirchenrechts Stuttgart 1888.
Zweifel, Emil	Die rechtliche Natur der Vereinbarungen zwischen den Staaten und dem apostolischen Stuhl (Konkordate) Aarau 1948.

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S .

ABl	= Amtsblatt
AktG	= Aktiengesetz
AöR	= Archiv für öffentliches Recht, Tübingen
Art	= Artikel
Bad Verf	= Verfassung des Landes Baden
Bayer OLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	= Der Betriebsberater, Heidelberg
BGBl	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs
BverfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Cora	= Court of Restitution Appeals
DJ	= Deutsche Justiz
DJZ	= Deutsche Juristische Zeitung
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
Erl	= Erläuterung
GG	= Grundgesetz
GS	= Gesetzsammlung
GVBl	= Gesetz- und Verordnungsblatt
HA	= Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates
Hess Verf	= Verfassung des Landes Hessen
Hess VGH	= Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HBDStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HGB	= Handelsgesetzbuch
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
KRG	= Kontrollratsgesetz
LAG	= Landesarbeitsgericht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
Mil Reg	= Militärregierung
N F	= Neue Folge
NJ	= Neue Justiz

NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NJW RzW	= Beilage zur NJW - Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
OGH	= Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RdA	= Recht der Arbeit
RG	= Reichsgericht
RGBl	= Reichsgesetzblatt
RK	= Rückerstattungskammer
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
Sp	= Spalte
VDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Verl G	= Gesetz über das Verlagsrecht
Verw Rspr	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichtlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VVG	= Versicherungsvertragsgesetz
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
Württ Bad Verf	= Verfassung des Landes Württemberg-Baden
WZG	= Warenzeichengesetz
ZAkdR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZaöRV	= Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZGes Staats Wiss	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Die Bindung der Länder an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats von 1933, insbesondere aus dem Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge.

A. Gültigkeit des Reichskonkordats.

I. Die aktuelle Problematik der Schulbestimmungen des Reichskonkordats.

Am 14. September 1954 verabschiedete der Landtag des Landes Niedersachsen ein Gesetz, nach dem die im Lande Niedersachsen bestehenden Bekenntnisschulen zum größten Teil beseitigt werden und ihre Neuerrichtung erheblich erschwert wird.[1] Dieses Gesetz widerspricht den Schulbestimmungen der Art. 21 - 24, insbesondere Art. 23, des zwischen dem Deutschen Reich und dem Heiligen Stuhl abgeschlossenen Reichskonkordats vom 20. 7. 1933.[2] Danach bleibt gemäss Art. 23 die Beibehaltung und Neueinrichtung katholischer Bekenntnisschulen gewährleistet. In allen Gemeinden, in denen Eltern oder sonstige Erziehungsberechtigte es beantragen, werden katholische Volksschulen errichtet werden, wenn die Zahl der Schüler unter gebührender Berücksichtigung der örtlichen schulorganisatorischen Verhältnisse einen geordneten Schulbetrieb durchführbar erscheinen läßt.
Das Land Niedersachsen hält sich durch die Schulbestimmungen des Reichskonkordats von 1933 für nicht gebunden, sondern durch die den Ländern gemäss Art. 70 ff. GG. ausschließlich zustehende Gesetzgebungskompetenz in kulturellen Angelegenheiten zum Erlaß auch solcher Gesetze befugt, die mit dem Inhalt des Reichskonkordats nicht vereinbar sind.

---

1) Nds. GVBl. S. 89
2) RGBl. II S. 679 ff.

Die Bundesrepublik Deutschland hält sich aufgrund ihrer Identität mit dem Deutschen Reich durch das Reichskonkordat völkerrechtlich für verpflichtet, die Vertragstreue zu wahren und die in den Schulbestimmungen festgelegten Abmachungen zu erfüllen. Die Bundesregierung betrachtet daher die Schulgesetzgebung des Landes Niedersachsen als eine Verletzung der Bundestreue. Unter diesem Gesichtspunkt trug sie diese Streitfrage gemäss Art. 93 Abs. 1 Satz 3 GG., § 13 Nr. 7 BverfGG. vor das Bundesverfassungsgericht und begehrte die Feststellung, daß das Reichskonkordat fortgelte, das Schulgesetz des Landes Niedersachsen dagegen verstoße und damit das Recht des Bundes, seine völkerrechtliche Verpflichtung zur Vertragstreue auch durch die Länder gewahrt zu sehen, verletzt werde. Auch die Länder Hessen und Bremen traten dem Streit auf der Seite des Landes Niedersachsen bei.

II. Die Rechtsnatur des Reichskonkordats.

Um die Pflichten, die sich aus dem Reichskonkordat ergeben, bestimmen zu können, ist zunächst die Rechtsnatur eines Konkordats zu klären.
Im Reichskonkordat von 1933 haben das Deutsche Reich auf der einen und der Heilige Stuhl als Vertreter der universellen katholischen Kirche auf der anderen Seite ihr Verhältnis zueinander auf verschiedenen Gebieten, u.a. auch bezüglich der konfessionellen Ausgestaltung des Schulwesens, festgelegt. Da weder Staat noch Kirche als übergeordneter Partner angesehen werden kann,[3] ist ein Konkordat seinem Rechtscharakter nach als Vertrag anzusehen.[4]

---

3) Hilling, Heft 81; vgl. auch Enzyklika Leo XIII. v. 1. 11. 1885;
4) So im Gegensatz zu den früher vertretenen sogen. Privilegien- und Legaltheorien die Vertragstheorie: O. Fischer, S.1 ff; Huber, Verträge, S.83; Schön, S. 325-326; Kaiser, S.11 Anm.4; Brandweiner S.94; Wagnon, S. 14-20; Born, S. 31; Verdross, S.160; Lange-Ronneberg, S. 103 ff; a.A. Smend, J.Z.56, 265, 352, 395.

Da der Heilige Stuhl kein Staat ist, erhebt sich die Frage, ob Konkordate als völkerrechtliche, quasi-völkerrechtliche, oder Verträge sui generis zu betrachten sind.
Aufgrund der besonderen Stellung des Heiligen Stuhls als „moralischer Autorität"[5] ohne Staatsgebiet als Vertragspartner eines Staates wird die Ansicht vertreten, daß sich im Konkordat Staat und Kirche nicht als gleiche Rechtssubjekte gegenübertreten, sondern als koordinierte Partner einen Vertrag sui generis abschließen.[6]

Im Völkerrecht wird aber anerkannt, daß die Eigenschaft als Völkerrechtssubjekt nicht auf Staaten beschränkt ist, sondern auch internationalen Gemeinschaftsorganisationen zuerkannt werden muß.[7] Da Konkordate zwischen Kirche und Staat als Partner gleicher Ordnung auf der Grundlage des Völkerrechts in den Formen völkerrechtlicher Verträge abgeschlossen werden, müssen auch sie als zur Völkerrechtsordnung gehörig angesehen werden.[8] Ob sie als völkerrechtliche oder quasi-völkerrechtliche Verträge zu betrachten sind, ist eine Frage ohne sachlichen Unterschied; entscheidend ist, daß es sich bei Konkordaten um Verträge auf der Grundlage des Völkerrechts handelt, die den Regeln

---

5) Becker, Rechtsproblematik S. 11; Scheuner, Gutachten, Konkordatsprozess S. 679;
6) Schoen, AÖR. 21,343; Groppe, S. 11 ff; Wengler Gutachten Konkordatsprozess S. 886 ff;
7) Sauer (55) S. 109; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozess S. 679; BverfGE. 2, 347; Dahm, S. 71; Brandweiner, S. 25, 35; Sauer, S. 109; A. Ross, S. 100; Becker, Rechtsproblematik S. 11; Verdross, S. 89; Mosler, S. 260 in Festschrift für Bilfinger; Holtkotten, Erl. 1 zu Art. 123 Abs. 2 GG i. Bonner Kommentar.
8) Scheuner, Gutachten Konkordatsprozeß S. 678/681; Heffter, S. 79; Eichhorn, S. 408; Maunz, Gutachten Konkordatsprozeß S. 803; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozeß S. 811/812; Anzilotti, S. 104; Holtkotten, a.a.O.; Becher, a.a.O.; Brandweiner, S. 94; Verdross, S. 147; Schmitt, S. 6 ff.; Ottaviani, S. 342; Pasquazi, S. 184; R. Naz, Sp.1369; Jellinek u. Menzel, VDStRL. Heft 12, S. 255; Gutachten v.Juristen d.Haager Intern. Gerichtshofs b. Friedrichs S.41; Thieme, S. 20; Verdross, Gutachten Konkordatsprozeß S.720; Zweifel, S. 13; Kaiser, ZaöRV. 18, 529;

des Völkerrechts unterliegen.[9] Das gilt auch für das Reichskonkordat von 1933.

III. Bedenken gegen die völkerrechtliche Gültigkeit.

1. Gültigkeit des Zustandekommens.

a) Voraussetzung für eine Verpflichtung der Länder, die Bestimmungen des Reichskonkordats zu beachten, ist zunächst, daß das Reichskonkordat gültig zustandegekommen ist.

Bedenken gegen ein gültiges Zustandekommen dieses Vertragswerks könnten sich aus formellen Gründen ergeben, weil das Reichskonkordat aufgrund des sogenannten "Ermächtigungsgesetzes"[10] ohne die gemäß Art. 45 Abs. 3 WRV vorgesehene Zustimmung des Reichstags vom Reichspräsidenten abgeschlossen und durch den Austausch der Ratifikationsurkunden gemäss Art. 34 des Reichskonkordats in Kraft gesetzt wurde. Nach Art. 4 des Ermächtigungsgesetzes bedurften Verträge des Reichs mit fremden Staaten, die sich auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung bezogen, nicht der Zustimmung des Reichstages. Die Reichsregierung wurde darin ermächtigt, die zur Durchführung dieser Verträge notwendigen Vorschriften zu erlassen. Gestützt auf Art. 4 des Ermächtigungsgesetzes konnte das Deutsche Reich, gemäss Art. 45 WRV vom Reichspräsidenten vertreten, daher ohne Zustimmung des Reichstages den Vertrag mit dem Heiligen Stuhl abschließen.

---

9) Die früher neben der jetzt herrschenden Vertrags-Theorie (vergl. Anm. 7 und 8) vertretenen Gegenansichten der Legaltheorie (Zorn S. 434 und Sohm S. 157 ff.) - die Kirchgewalt ist der Staatsgewalt untergeordnet - und Privilegientheorie (Bluntschli, § 433) - Konkordate sind einseitige Zugeständnisse der kirchlichen Gewalt an den untergeordneten Staat - sind als überwunden anzusehen.

10) Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24. 3. 1933 (RGBl. I S. 141);

Aus der fehlenden Zustimmung des Reichstages können also keine Bedenken gegen ein gültiges Zustandekommen des Reichskonkordats hergeleitet werden, wenn das Ermächtigungsgesetz als gültig anzusehen ist.
Die Gültigkeit des Ermächtigungsgesetzes ist mit der Begründung bestritten worden, daß es unter verfassungswidrigen Umständen zustande gekommen sei.[11] So hat auch das Tribunal Général Rastatt [12] die Verfassungsmässigkeit und Gültigkeit des "Ermächtigungsgesetzes" verneint, weil die Wahl zum Reichstag, der das Gesetz beschlossen hat, unter gesetzwidrigen und unfreien Umständen vor sich gegangen, die Zusammensetzung des Parlaments durch den Ausschluß von über 80 Mitgliedern gesetzwidrig und alle Vollmachten in der Hand des Reichskanzlers vereinigt gewesen seien, wodurch alle wesentlichen Voraussetzungen für eine ordnungsmässige, normalen Rechtsgrundsätzen entsprechende Regierung verletzt worden seien.
Dieser Ansicht hat sich auch das OLG. Tübingen,[13] gebunden an die Entscheidung des Tribunals Général Rastatt, angeschlossen. Es hat aber angenommen, daß die Rechtssätze, die aufgrund des Ermächtigungsgesetzes von der Reichsregierung beschlossen wurden, mindestens insoweit als Gewohnheitsrecht Geltung erlangt hätten, als sie sich nicht als Ausfluß ausgesprochen nationalsozialistischen Unrechtsdenkens darstellen.[14]
Gegen diese Ansicht hat sich Richard Thoma[15] gewendet und darauf hingewiesen, daß das Ermächtigungsgesetz mit der in Art. 76 WRV für Verfassungsänderungen vorgesehenen 2/3 Mehrheit zustandegekommen ist. Auch dann,wenn

---

11) So A. Fischer, S. 89,91; Kern, DVBl. 54, 449; wohl auch Wengler, NJW. 57, 1417;
12) J.O. Nr. 61 v. 26. 3. 1947;
13) DRZ. 49, 141, MDR. 49, 765; So auch Laun, Gutachten Konkordatsprozeß S. 879;
14) So auch Arndt, DRZ. 48, 240;
15) Erler, DRZ 48, 142, Gutachten, Konkordatsprozeß S. 643; so auch J. Schneider, Viertelj.-Hefte für Zeitgeschichte, S. 217 ff;

die gewaltsam-rechtswidrig ausgeschlossenen marxistischen Abgeordneten (81 Kommunisten und einige Sozialisten an der Abstimmung im Reichstag teilgenommen und gegen das Gesetz gestimmt hätten, so machten die 441 Abgeordneten, die für das Gesetz stimmten, mehr als 2/3 der insgesamt 647 Abgeordneten aus.
Selbst wenn man die Zusammensetzung des Reichstages beim Erlaß des Ermächtigungsgesetzes als fehlerhaft und verfassungswidrig ansehen würde, wäre daraus noch nicht die Ungültigkeit des Ermächtigungsgesetzes herzuleiten. Mit Recht hat Becker[16] darauf hingewiesen, daß es einem anerkannten Rechtsgrundsatz der deutschen Staatsgerichtsbarkeit vor 1933 entsprach, daß Handlungen, Gesetze und Beschlüsse einer verfassungswidrig zusammengesetzten gesetzgebenden Körperschaft aus Gründen der Rechtssicherheit als rechtswirksam anzusehen sind. Erst wenn der Mangel in der Besetzung der betreffenden Körperschaft durch den Staatsgerichtshof festgestellt sei, fehle ihren weiteren Maßnahmen die rechtliche Verbindlichkeit.[17] Aus formellen Gesichtspunkten kann daher die Gültigkeit des Ermächtigungsgesetzes nicht verneint werden.

b) Wenn auch das Ermächtigungsgesetz die Anforderungen der Weimarer Reichsverfassung an ein verfassungsänderndes Gesetz formell erfüllt, ergeben sich doch wegen der Vereinbarkeit des Inhalts dieses Gesetzes mit der Struktur der Weimarer Reichsverfassung Bedenken.
Die Weimarer Reichsverfassung war ihrer Struktur nach auf der Trennung der Gewalten aufgebaut. Durch das Ermächtigungsgesetz wurde diese Verfassungstruktur vernichtet, da Exekutive und Legislative in der Hand des Reichskanzlers vereinigt wurden. Daher ist das

---

16) Rechtsproblematik S. 17
17) Entscheidungen des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich in RGZ. 118, Anh.S. 39; 123, Anh. S. 23; 133, Anh. S. 28;

Ermächtigungsgesetz als ein revolutionärer Akt anzusehen, durch den die Weimarer Reichsverfassung umgestürzt und zerbrochen wurde.[18] Gemessen an den Normen der zerbrochenen Weimarer Verfassung war das Ermächtigungsgesetz ungültig. Eine gelungene Revolution schafft aber aufgrund der schon nach 1918 anerkannten normativen Kraft des Faktischen[19] neues Verfassungsrecht und neue Gesetzgeber. Obwohl die neuen Gesetzgeber in ihrem Ursprung illegitim sind, können sie neues, formalrechtlich gültiges Recht setzen.[20] Nach der erfolgreichen nationalsozialistischen Revolution ist der Maßstab, ob ein Gesetz gültig ist oder nicht, also nicht mehr aus der vernichteten Reichsverfassung zu gewinnen, sondern aus dem Rechte der geglückten nationalsozialistischen Revolution. Diese revolutionäre Machtergreifung durch die nationalsozialistische Partei hat zu einer Änderung der Kompetenzordnung geführt. Ob man mit Thoma[21] die Zustimmung der Mehrheit des deutschen Volkes zu dieser revolutionären Umwälzung in der Wahl vom 5. 3. 1933 herleitet oder wegen der undemokratischen Umstände dieser Wahl ablehnt, die neue Verfassungsordnung hatte sich jedenfalls zur Zeit der Ratifikation des Konkordats im September 1933 durchgesetzt, sie muß zumindest aufgrund der rechtsbildenden Kraft der Revolution als innerstaatlich wirksam anerkannt werden.[22]

---

18) In diesem Sinne auch Koellreuther S. 19; Huber, S. 46 ff; Carl Schmitt, DJZ 1933, Sp. 455 ff; Becker, Rechtsproblematik S. 16;
19) G. Jellinek, S. 118; W. Jellinek, JZ. 51, 347; RGZ 100, 26; 103, 187; und daran anknüpfend BGH in NJW. 54, 511; a.A. Wengler in NJW 57, 1421.
20) Vgl. Meyer-Anschütz, S. 26; Herrfahrdt, S. 57 ff; Schmitt, S. 87 ff; v. Hippel, S. 547 ff; Albrecht, S. 111 ff; Huber, S. 49; Verdross, 1. Gutachten, Konkordatsprozeß S. 716;
21) DRZ. 48, 142;
22) Verdross, 1. Gutachten Konkordatsprozeß 716; Zinn, S.J.Z. 46, 6; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozeß 686; BverfGE. 6, 331; 2,237 ff; 3, 90, 92; 4, 124; BGH. in NJW. 54, 1073, 10,80; 55, 710; RGZ. 100, 26; 103, 187; BGHZ. 5, 76 ff;

Daraus, daß bereits vor Abschluß des Konkordats aufgrund des Ermächtigungsgesetzes eine Reihe anderer völkerrechtlicher Verträge geschlossen worden war _ so z.B. der Viermächtepakt zwischen Deutschland, Frankreich, Italien und Großbritannien vom 15. 7. 1933 [23]- ergibt sich, daß die neue Kompetenzordnung auch nach aussen Anerkennung gefunden hatte.[24] Das rechtswirksame Bestehen einer revolutionär gesetzten Kompetenzordnung ist daher zu bejahen.

Es ist aber nicht möglich, die neue Kompetenzordnung als rechtswirksam anzuerkennen und zugleich die Geltung aufgrund dieser Kompetenzordnung erlassener Gesetze und völkerrechtlicher Akte aus formalrechtlichen Gründen zu verneinen. Gemessen an der revolutionär gesetzten rechtswirksamen Kompetenzordnung sind daher die Gesetze und völkerrechtlichen Verträge, die auf dem Ermächtigungsgesetz beruhen, als formalrechtlich gültig und rechtsverbindlich anzusehen.[25]

Auch die Ansicht von Kern,[26] daß zwar für die Gültigkeit von Gesetzen das Ermächtigungsgesetz als ausreichende Grundlage anzusehen sei, wegen der erschwerten Kündigungsmöglichkeit aber nicht für Konkordate, widerspricht Wortlaut und Sinn des Ermächtigungsgesetzes, das der Staatsführung eine umfassende Vollmacht erteilen wollte.[27] Die Gültigkeit des Zustandekommens des Reichskonkordats kann daher nicht mit

---

23) Bruns, S.348;
24) BverfGE. 6,331
25) Figge, DRZ. 48,12; Thoma, DRZ. 48, 142; Schultz,MDR 56, 398; BGH, NJW. 52, 622, 1139; BverfGE. 6, 331; LVG. Münster MDR. 50, 309, OLG. Kiel, SJZ. 46, 327; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozeß S. 687;
26) Kern, DVBl. 54, 451;
27) Pfundtner - Neubert, Einführung zu 1; Schmitt, DJZ. 33, Sp. 455 ff; Becker, Rechtsproblematik S. 20; Kaisenberg, DJZ. 33, 458 ff;

der Begründung in Zweifel gezogen werden, daß das Ermächtigungsgesetz ungültig war und damit eine staatsrechtliche Voraussetzung für die Gültigkeit des Konkordats fehle.

2. Die Legitimation des Reichspräsidenten.

Der Gültigkeit des Reichskonkordats könnte entgegenstehen, daß sich der Reichspräsident beim Abschluß des Reichskonkordats nicht in den Grenzen seiner Zuständigkeit gemäss den Vorschriften der Reichsverfassung gehalten hat, weil das Reichskonkordat, vor allem hinsichtlich der Schulbestimmungen, nicht nur Gegenstände der Reichsgesetzgebung umfaßte.
Diese Ansicht könnte eine Stütze im Wortlaut des Art. 4 des Ermächtigungsgesetzes finden, der bestimmt, daß "Verträge, die sich auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung beziehen", nicht der Zustimmung des Reichstags bedürfen. Damit sollte aber nicht eine Abgrenzung der Gegenstände der Reichs- und der Landeszuständigkeit ausgedrückt werden, sondern der Reichsgesetzgebung gegenüber der Ausführungsverordnung.[28] Außerdem erlaubten Art. 1 und 2 des Ermächtigungsgesetzes dem Reich, auch ohne Rücksicht auf die Vorschriften der Weimarer Reichsverfassung völkerrechtliche Verträge abzuschließen.[29] Das Reich besaß ferner zur Regelung aller kirchen-, kultur- und schulpolitischen Fragen gemäss Art. 10 Ziff. 1 und 2, 135 ff., 146 Abs. 2 Satz 3 die Grundsatzkompetenz.[30] Die Zuständigkeit für den Abschluß eines Reichskonkordats als grundsätzlicher Regelung des Verhältnisses Kirche - Staat lag daher primär beim Reiche.[31] Deshalb kann die völkerrechtliche Le-

---

28) Anschütz, Erl.7 zu Art. 45 WRV.; Poetzsch-Heffter; Erl. 14 zu Art. 45 WRV.;
29) Vgl. BGH. NJW. 54, 1051;
30) Anschütz, Erl. 3 und 4 zu Art. 10 und 11 WRV.; Erl. 7 zu Art. 78 WRV.; vgl. Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozeß S. 817/818;
31) Anschütz, wie Anm. 32; Becker, Rechtsproblematik S. 26; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozeß S. 818;

gitimation des Reichspräsidenten zum Abschluß des Reichskonkordats nicht mit der Begründung bestritten werden, daß im Reichskonkordat auch Fragen des Schulrechts geregelt worden sind. Abgesehen davon wäre es auch gar nicht möglich, die Vertrags- bzw. Konkordatsfähigkeit des Reiches durch innerstaatliches Recht mit Wirkung nach aussen zu beschränken, es sei denn, die Überschreitung der Abschlußkompetenz wäre auch für den Vertragspartner offensichtlich.[32] Es ist auch unbedenklich, daß der Reichspräsident den damaligen Vizekanzler von Papen als Vertreter des Deutschen Reiches bevollmächtigt hat, das Vertragswerk endgültig abzuschließen.[33] Da das Reichskonkordat auch ordnungsgemäss ratifiziert wurde, ist es völkerrechtlich wirksam geworden.

3. Bedenken aus dem Inhalt des Konkordats.

Mit der Feststellung der Gültigkeit des Ermächtigungsgesetzes ist aber noch nicht gesagt, ob die auf dieser Grundlage formalrechtlich gültig erlassenen Normen auch sachlich rechtswirksam sind. Das hängt im Einzelfall davon ab, ob ihr Inhalt den Anforderungen eines Rechtsstaates entspricht.[34] Der Inhalt des Reichskonkordats weist weder typisch nationalsozialistische Bestimmungen, noch Verletzungen allgemeiner Rechtsgrundsätze auf.[35] Außerdem gehen die Grundgedanken des Reichskonkordats - insbesondere die Schulartikel - auf Verhandlungen vor 1933 zurück und sind daher auf dem Boden des Weimarer Verfassungssystems gewachsen.[36]

---

32) Kahl, S. 373; Becker, Rechtsproblematik S. 22; Höpker-Aschoff, S. 317;
33) Anschütz, Erl. 2 zu Art. 45 WRV.;
34) R. Thoma DRZ. 48, 142; BGH. NJW. 52,622; BverfGE.6, 331; Schultz. MDR. 56, 398; LVG. Münster, MDR.50,3o9;
35) Schröcker, DVBl.54, 525; Süsterhenn-Schäfer, S. 190; Becker, Rechtsproblematik S. 20.
36) Ablösung S. 31; vergl. G. Schreiber, Gegenwartsprobleme S. 159 ff; Liermann, Gutachten Konkordatsprozeß S. 760; Maunz, Gutachten Konkordatsprozeß S. 886; Mörsdorf Gutachten Konkordatsprozeß S. 818/819, 840 f; Schröcker, DVBl. 54, 526; Becker, S. 21;

Daher lassen sich aus dem Inhalt der Konkordatsartikel keine Bedenken gegen die Gültigkeit des Reichskonkordats herleiten.

4. Sonstige Bedenken gegen die völkerrechtliche Gültigkeit.

Gegen die völkerrechtliche Gültigkeit des Reichskonkordats ist eingewandt worden, daß es von einer verbrecherischen Regierung abgeschlossen worden sei.[37] Dieser politische Einwand ist jedoch rechtlich unbeachtlich; denn rechtlich ist allein ausschlaggebend, daß sowohl die Regierung, als auch der Reichspräsident, die das Konkordat vorbereiteten und vereinbarten, völkerrechtlich anerkannt waren. Auch eine etwaige reservatio mentalis seitens der deutschen Staatsführung [38] hätte nach den auch völkerrechtlich geltenden Grundsätzen der §§ 116, 117 BGB. nur bei Kenntnis des Vertragspartners die Nichtigkeit des Vertragswerks zur Folge gehabt. Eine reservatio mentalis des deutschen Vertragsgegners - falls sie überhaupt vorlag - war dem Heiligen Stuhl jedenfalls nicht bekannt.[39] Ferner wird gegen die Gültigkeit des Reichskondordats eingewandt, daß seine Schulbestimmungen nicht dem Willen des deutschen Volkes entsprochen hätten, und ein freier Reichstag das Konkordat abgelehnt hätte.[40]
Wollte man jedesmal fragen, was ein freier Reichstag gemacht hätte, so würde das zu reinen Spekulationen und völliger Unsicherheit über solches Recht führen, das seine Grundlage im Ermächtigungsgesetz findet; denn niemans kann wassen, wie der Reichstag in der damaligen politischen Lage entschieden hätte.

---

37) Höpker-Aschoff und Renner im Parl.Rat (Verhdlgen d. Parl.Rates, S. 260 ff.)
38) Höpker - Aschoff, und Zinn im Hauptausschuss des Parl Rates (Verhdlgen S. 260 und 600);
39) Vergl. Becker, Rechtsproblematik S. 24; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozeß S. 691;
40) Kern, DVBl. 54, 449; Staat und Kirche S. 94;

Derartige Erwägungen sind rechtlich fruchtlos und nicht geeignet, die völkerrechtliche Gültigkeit des Reichskonkordats zu beeinträchtigen.[41] Das Reichskonkordat muß daher als völkerrechtlich gültig angesehen werden.

IV. Bedenken gegen die innerstaatliche Gültigkeit.

1. Fehlende Transformation in innerstaatliches Recht.

Was die innerstaatliche Gültigkeit des Reichskonkordats betrifft, ist eingewandt worden, daß es an der Transformation gefehlt hat.[42]
Nach Art. 45 Abs. 3 WRV. erteilte der Reichstag seine Zustimmung zu Staatsverträgen - denen Konkordate gleichzustellen sind -[43] durch Gesetz. Darin wurde gleichzeitig die Transformation in innerstaatliches Recht gesehen.[44] Nach Art. 4 des Ermächtigungsgesetzes war das Erfordernis eines Zustimmungsgesetzes durch den Reichstag entfallen. Da in diesem Zustimmungsgesetz gleichzeitig der transformierende Akt gesehen wurde, hielt die Reichsregierung ein besonderes Transformationsgesetz für nicht erforderlich. Sie hielt für die innerstaatliche Inkraftsetzung des Vertragsinhalts dessen Bekanntmachung im Reichsgesetzblatt für genügend.
In der Sitzung vom 14. Juli 1933 hat die Reichsregierung dem Abschluß des paraphierten Reichskonkordats zugestimmt, nach Unterzeichnung des Vertrages die Zustimmung wiederholt und die Bekanntmachung im Reichsgesetzblatt beschlossen. Am 12. September 1933 veröffentlichten Reichsaußen- und Reichsinnenminister die Bekanntmachung über den Abschluß und die Ratifikation des Reichskonkordats sowie dessen Wortlaut im Reichsgesetzblatt.[45] Außerdem erließ die Reichsregierung ein Durchführungsgesetz,[46] das den Reichsminister des Innern ermächtigte, die zur Durchführung

---

41) so auch Weber, Ablösg. S. 32; Becker, Rechtsproblematik S. 26.
42) Hess. Landesregierung in Westd. Schulzeitung Nr. 18 vom 29.9.1955.
43) Huber, S. 108;
44) Heckel, A.ÖR.7 NF. 222; Schüle, ZaöRV. 36, 272;
45) RGBl. II S. 679;
46) RGBl. I S. 625;

des Reichskonkordats erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen.
Zwar hat der Württembergische Verwaltungsgerichtshof[47] diese Maßnahme für eine Transformation des Reichskonkordats in innerstaatliches Recht für nicht ausreichend erachtet.
Dagegen hat Werner Weber [48] mit Recht darauf hingewiesen, daß die von der Reichsregierung seit dem Ermächtigungsgesetz ergriffenen Maßnahmen zu einer verfassungsrechtlich korrekten Überführung völkerrechtlicher Verträge in innerstaatliches Recht angesehen werden müssen.[49] Nachdem gemäss Art. 4 des Ermächtigungsgesetzes die bisherige Billigung der Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages durch den Reichstag (Art. 45 Abs. 3 WRV.) fortgefallen war und die Reichsregierung nach Art. 1 des Ermächtigungsgesetzes weitgehende Gesetzgebungsbefugnisse hatte, war es nach der damaligen verfassungsrechtlichen Lage für eine Transformation eines völkerrechtlichen Vertrages in innerstaatliches Recht ausreichend, wenn der Außenminister und der zuständige Ressortminister die Ratifikation des Reichskonkordats sowie seinen Inhalt durch Veröffentlichung im Reichsgesetzblatt bekanntmachten.[50]

---

47) Urteil v. 21. 7. 1937 in R.Min. Amtsbl. Dt. Wiss. 1937, S. 426;
48) ZAkdR. 38, 532 ff.;
49) so auch Bay. OLG. in JW. 35, 961;
50) Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozess S. 844 ff; BverfGE. 6, 334; Schüle, S. 281; Kraus, Reichs- u. Preuss. Verw. Bl. 34, 92; Meyer, NJW. 53, 1421; Becker, Rechtsproblematik, S. 30; Weber, ZAkdR. 38, 532 ff; Süsterhenn-Schäfer, S. 190/191; Peters VDStRL. Heft 11, S. 195; Figge, DRZ. 48,12 Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozess. S. 813; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozess S. 690; LG. Fulda, SJZ. 50, Sp. 826; Maunz, Gutachten Konkordatsprozess S. 805; Zinn - Stein, S. 246; a.A. Laun, Gutachten Konkordatsprozess, S. 883;

2. Erlöschen durch Vertragsverletzung.

Bedenken gegen das Fortgelten der Bestimmungen des Reichskonkordats könnten sich daraus ergeben, daß die Reichsregierung ihre Verpflichtungen aus dem Konkordat nicht einhielt, sondern wiederholt schwer verletzte.[51)]

Verletzungen eines völkerrechtlichen Vertrages führen jedoch nicht zu einer unmittelbaren Unwirksamkeit des Vertragswerks, sondern geben dem Vertragspartner das Recht, Erfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten.[52)] Der Heilige Stuhl hat zwar gegen die Verletzung des Konkordats durch die nationalsozialistische Regierung sowie durch die Organe der NSDAP. mehrfach Protest erhoben,[53)] doch ist eine Rücktrittserklärung seitens des Heiligen Stuhls niemals ausgesprochen worden, auch nicht offiziell seitens des Deutschen Reichs.[54)]

Die Geltung des Konkordats könnte ferner wegen der Nichtbeachtung seiner Bestimmungen durch das nationalsozialistische Regime aufgrund Gewohnheitsrechts erloschen sein.[55)] Ein Erlöschen völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen setzt voraus, daß sie sich aus dem Vertrage ergebenden Pflichten längere Zeit hindurch mit Willen beider Parteien außer Acht gelassen werden.[56)] Dieser Wille ist jedenfalls auf der Seite des Heiligen Stuhls nicht vorhanden gewesen. Der Heilige Stuhl hat vielfach gegen die Nichtbeachtung des Reichskonkordats durch die Deutsche Reichsregierung protestiert und der Reichsregierung in der Zeit vom 25. September 1933

---

51) Bechert, Westd. Schulztg. Nr. 19; Heppes, S. 82; Laun, Gutachten Konkordatsprozess S. 869;
52) Ross, S. 211; Guggenheim, S. 109; Oppenheim-Lauterpacht; (1955) S. 947; Liszt, S. 266; Weber, Ablösg. S. 26; Kern, Gutachten bei Fischer, S. 58 ff. Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozess S. 834.
53) Enzyklika des Papstes v. 14.3.1937; Verdross, 1. Gutachten Konkordatsprozess S. 717; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozess S. 834; Neuhäusler, S.27, Becker, Rechtsproblematik S. 40;
54) Born, S. 97/98; Becker, Rechtsproblematik, S. 41;
55) so Laun, Gutachten Konkordatsprozess S. 870;
56) Ross, S. 214; Danziger, S. 45; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozess, S. 695;

bis 26. Juni 1936 allein 34 Protestnoten, 5 Promemoriae und 5 Aide-Memoires überreicht.[57] So hat der Heilige Stuhl in der Note vom 4. Mai 1934[58] u.a. gegen den Totalitätsanspruch des Reiches auf dem Gebiete des Erziehungswesens im Widerspruch zum Reichskonkordat protestiert. In der Note vom 14. Mai 1934[59] hat der Heilige Stuhl unter ausdrücklicher Berufung auf das Reichskonkordat gegen die Einschränkung der Gewissens- und Bekenntnisfreiheit durch das NS- Regime Protest erhoben. In seiner Enzyklika vom 4. März 1937 [60] hat sich Papst Pius XI ausdrücklich gegen Umdeutungen, Umgehungen und Verletzungen des Reichskonkordats, sowie die Einschränkungen der Bekenntnis- und religiösen Betätigungsfreiheit sowie der Freiheit des Elternwillens in Schulfragen durch das NS-Regime gewendet, sich aber gleichzeitig zum Fortbestand des Konkordats bekannt. Kurz zuvor, am 14. Februar 1937, hatte sich Kardinal Faulhaber in einer Predigt[61] trotz der Verletzungen der Konkordatsbestimmungen durch das NS-Regime „mit einem treuen und ehrlichen Ja zum Weiterbestehen des Reichskonkordats" bekannt. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß sich der Heilige Stuhl - auch nicht stillschweigend - trotz vielfacher Verletzungen der Konkordatsbestimmungen durch den Vertragsgegner vom Konkordat nicht losgesagt hat, so daß aus diesem Grunde die Fortgeltung des Reichskonkordats nicht in Zweifel gezogen werden kann. [62]

---

57) Neuhäusler, S. 27; Becker, Rechtsproblematik, S. 40;
58) abgedruckt bei Neuhäusler, S. 28;
59) abgedruckt bei Neuhäusler,S. 30, 32 und 33;
60) abgedruckt bei Neuhäusler,S. 34 ff;
61) abgedruckt bei Neuhäusler, S. 143;
62) so auch BverfGE. 6, 334/335; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozess S. 695; Verdross, 1. Gutachten Konkordatsprozess S. 717; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozess, S. 834. Becker, Rechtsproblematik, S. 40 f; Born, S. 116;

3. Erlöschen durch Wegfall des Vertragspartners.

Das Reichskonkordat hätte seine Gültigkeit verloren, wenn der Vertragspartner der Katholischen Kirche, das Deutsche Reich, gleichzeitig mit dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes in Deutschland im Jahre 1945 weggefallen wäre. Dann wären alle völkerrechtlichen Verträge und das nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilende Reichskonkordat mit dem Untergang des Rechtssubjekts erloschen.[63]
Die Ansicht, daß die Ereignisse von 1945 den Untergang des Deutschen Reiches zur Folge gehabt hätten, ist in der Literatur vor allem von Kelsen[64] vertreten worden.[65] Die Vertreter dieser Ansicht erkennen zwar an, daß nach der deutschen Kapitulation am 5. 5. 1945 das Staatsgebiet des Deutschen Reiches, wenn auch verkleinert, sowie das Staatsvolk und der Wille des Volkes, als Einzeit zu leben, vorhanden war. In der bedingungslosen Kapitulation wird aber nach dieser Meinung der Übergabevertrag der Souveränität an die Besatzungsmächte gesehen, so daß es am Kriterium der Staatsgewalt fehlt. Die Vernichtung des Deutschen Reiches erfolgte nach Kelsen zwar nicht infolge einer Annexion durch die Eroberer, sondern durch ein Condominium der Besatzungsmächte, wie das österreichisch - deutsche über Schleswig-Holstein in den Jahren 1864/66 oder das englisch-ägyptische über den Sudan seit 1899. Daraus folgt für diese Auffassung, daß das Deutsche Reich im Jahre 1945 untergegangen ist. Diese Ansicht verkennt, daß die Kapitulation im Jahre 1945 rein militärischen Charakter hatte[66] und daher nicht die Übertragung der deutschen Staatsgewalt umfasste. Wie aus der Berliner Erklärung vom 5. 6. 1945 hervorgeht, nehmen die Alliierten

---

63) Becker, Rechtsproblematik, S. 45, 44; Wagnon, S. 322; Sanders, S. 104; Kaiser, S. 78 ff; Hatschek, Grundriss, S. 126; Süsterhenn-Schäfer, S. 191; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozess, S. 831;
64) Legal status, S. 518 f.;
65) so auch Nawiasky, Grundgedanken, S. 7/8; DÖV. 54, 657; Lewald, NJW. 51, 343;
66) Stödter, Deutschl. Rechtl. S. 27; Klein, S. 18 ff; Zinn, SJZ. 46, 8; Sauer-Hall, III S. 24; Scheuner, DVBl. 50, 481;

nicht die deutsche Souveränität, sondern eine "Supreme authority" für sich in Anspruch, was nicht die Übernahme der Souveränität, sondern einer Okkupationsgewalt bedeutet.[67] Eine Annexion durch die Besatzungsmächte ist daher durch die Berliner Erklärung nicht erfolgt.

Eine Annexion oder Übernahme der Staatsgewalt durch die Alliierten kann auch nicht darin erblickt werden, daß sie die Okkupation fortführten, da darin lediglich eine politische Intervention zu sehen ist.[68] Auch wenn eine Besatzungsmacht ihre Ziele und Autorität so weit ausdehnt, wie die Alliierten, so liegt darin nicht die Übernahme der Staatsgewalt des besetzten Landes.[69] Die Alliierten haben daher die Staatsgewalt kraft eigenen Okkupationsrechts, nicht kraft Übertragung durch eine deutsche Stelle, ausgeübt. Daraus ergibt sich, daß allein die Ausübung der Staatsgewalt an der Staatsspitze forgefallen war und treuhänderisch durch die Besatzungsmächte wahrgenommen wurde. Die Staatsgewalt in ihrer Substanz ist dagegen beim deutschen Volke geblieben,[70] da sie nicht auf bestimmte Personen bezogen ist, sondern beim Staat als solchem liegt.[71] Als Folge der Okkupation verlor der deutsche Staat daher zwar seine völkerrechtliche Handlungsfähigkeit, nicht aber seine Rechtsfähigkeit. In dem Maße, wie die Okkupationsmächte ihre Machtausübung einschränkten, wurde die von ihnen zunächst beiseitegesetzte deutsche

---

67) R.Y. Jennings, S. 21; MDR. 48,4; Loening, DRZ.46 129; a.A. F.A. Mann, SJZ. 46, 472.
68) v.d. Heydte, DÖV. 54,657; Zinn, SJZ. 46, 10;
69) Stödter, S. 181; Sauser-Hall, 1944, S.66; 1946,S.54; Schindler, ebenda; Kaufmann, S. 27 f; Laun, S.59 f; Zinn, SJZ. 46, 10/11; Scheuner, DVBl. 50, 481;
70) Klein, Neues Deutsches Verfassungsrecht, S. 33; Kaufmann, DRZ. 48, 248; Loening, DRZ. 46, 131; R.Y. Jennings, MDR. 48, 3, 7; Cohn, MDR. 47, 178; Scheuner, DVBl. 50, 481; v.d.Heydte und Herrfardt, DÖV. 54, 657; Zinn, DJZ. 46, 7 ff; Schlochauer, DRZ. 47, 12o; Schmid, DÖV. 49,201; BverfGE. 2,56; a.M. Wengler, NJW. 49, 883, nach dem die Staatsgewalt gemeinsam beim deutschen Volk und der Besatzung lag;
71) Jellinek, S. 281; Klein, S. 33.

Eigenstaatlichkeit wieder wirksam. Aus der Tatsache, daß die deutsche Staatsgewalt trotz militärischer Unterwerfung Deutschlands durch die Alliierten mangels nachfolgender Annexion nicht erlosch, ergibt sich, daß der deutsche Staat im Jahre 1945 nicht untergegangen ist, sondern fortbesteht.[72)]
Aus dem Fortbestand des Deutschen Reiches folgt, daß die Bundesrepublik Deutschland keine Staatsneugründung ist, sondern eine Reorganisation des fortbestehenden Deutschen Reiches. Die durch das Bonner Grundgesetz neuerrichtete staatliche Organisation umfasst allerdings nur die westlichen Besatzungszonen. Daher beschränkt sich ihr Geltungsbereich lediglich auf einen Teil des Reichsgebietes. Da auch auf dem von der sowjetischen Besatzungsmacht besetzten Reichsgebiet, in der sogenannten Deutschen Demokratischen Republik, eine neue staatliche Organisation errichtet wurde, ist die Ansicht vertreten worden, [73)] daß die Bundesregpublik als Teilordnung im fortbestehenden Reich ein in völkerrechtlichem Sinne handlungsfähiges Staatsfragment sei.
Mit Recht weist Scheuner [74)] darauf hin, daß die Auffassung des als Form fortdauernden, handlungsfähigen Deutschen Reiches als Provisorium für die erste

---

72) So die heute absolut herrschende Meinung: Städter, S. 36 ff; Menzel, Europa Arch. 47, 1009 F; Grewe, S. 47 ff; Weber, Ablösung S. 28 ff; Klein, Neues Deutsches Verfassungsrecht, S. 29 - 35; Scheuner, DVBl. 50, 482; Herrfahrdt und v.d. Heydte, DÖV. 54, 657; Schmid, DÖV. 49, 201; Loening, DRZ. 46, 132; Wacke, JZ. 51, 147; Laun und v. Mangoldt, Jahrb. f. Intern. und ausl. öffentl. Recht S. 6; Maunz, Dt. Staatsrecht § 4; Dahm, S.93; BverfGE. 6, 336; BverwG. NJW. 52, 1129; OGH. NJW. 50, 695; OGH. MDR. 50, 95; BverfGE. 2, 277; 3, 315; 5, 85; BGHZ. 5, 209; 7, 218; 13, 292; 17, 314; 19, 258; 3, 308; ferner in JZ. 51, 696; DÖV. 51, 218; 54, 499; NJW. 54, 1073, 1077; CoRA. Nürnberg, NJW. RzW. 51, 106, OLG. Braunschweig, DVBl. 53, 402; OLG. Köln, MDR. 51, 689; OLG. Schleswig-Holstein, MDR. 50, 608; OLG. Hamm, MDR. 47, 158; OLG. Tübingen, DRZ. 50,91; OLG. Hamburg, MDR. 49, 222; Verdross, 2. Gutachten, Konkordatsprozess S. 721;

73) Ipsen, über das GG. S. 40 ff.; so wohl auch Wengler, Gutachten, Konkordatsprozess S. 890;

74) DVBl. 50, 481 ff.;

Zeit nach 1945 begründet war. Seitdem aber wieder eine zentrale Staatsorganisation besteht, kann dieses Provisorium nicht zum Dauerzustand erhoben werden. Da die Bundesrepublik Deutschland im Gegensatz zur Deutschen Demokratischen Republik ihre Legitimation aus der Zustimmung der Bevölkerung in freien Wahlen auf demokratischer Grundlage herleiten kann, setzt allein die Bundesrepublik Deutschland die staatliche Rechtsperson des Deutschen Reiches in legitimer Weise fort. Es soll daher hier der Ansicht Scheuners [75] zugestimmt werden, daß die Teilordnungslehre das rein organisatorische Moment überschätzt und die Legitimation der staatlichen Gewalt durch den Volkswillen nicht beachtet. Dann muß man der Lehre beipflichten, daß die Bundesrepublik Deutschland, nur gebietsweise eingeschränkt, mit dem Deutschen Reiche staatsrechtlich identisch ist.[76] Daraus folgt, daß die Bundesrepublik auch an die vom Deutschen Reich abgeschlossenen Staatsverträge gebunden ist.
Auch im Ausland wird überwiegend anerkannt, daß das Deutsche Reich nicht durch die Ereignisse von 1945 untergegangen ist, sondern in der Bundesrepublik fortbesteht.[77] Daher ist das Deutsche Reich als Vertragspartner des Heiligen Stuhls nicht fortgefallen, sondern besteht in Gestalt der Bundesrepublik Deutschland fort. Das bedeutet, daß die Geltung des Reichskonkordats von 1933 durch die Ereignisse im Jahre 1945 nicht beseitigt worden ist.

---

75) aaO.
76) Carlo Schmid und Süsterhenn, im Parl.Rat, Sten. Bericht, S. 71, 72; Bergstaeßer und v. Brentano, S. 33; Kraus, S. 13; Menzel, DV. 49, 312; Reinhardt, NJW. 52, 464; Krüger, SJZ. 50, 115, NJW. 52, 1283; Féaux de la Croix, NJW. 51, 406; Thieme, S.10; Scheuner, DVBl. 50, 481 ff; Grewe, DRZ. 59, 315; Becker, Rechtsproblematik, S. 51; DVBl. 55, 106; Maunz, S. 17; Kraus, AÖR. 76, 89 ff.; BGH. JZ 52, 110; BverfGE 2, 56, 277; 3, 88,319; a.A. OLG. Köln, MDR. 51, 689; OLG. Schleswig-Holstein, NJW 51, 723, da Bundesrepublik nur auf westl. Besatzungszonen beschränkt sei;
77) Züricher Obertribunal in Jahrb. f. intern. Recht III S. 210; Schweizer Bundesgericht, in Jahrb. f. intern. Recht IV S. 143, NJW. 53, 39.

4. Erlöschen durch Beschränkung auf das Deutschland unter nationalsozialistischer Herrschaft.

Die Geltung des Reichskonkordats von 1933 wäre durch den Zusammenbruch des Nationalsozialistischen Regimes erloschen, wenn das Konkordat nur eine Regelung für die Dauer der nationalsozialistischen Herrschaftsperiode bezweckt hätte.[78]
Es trifft allerdings zu, daß verschiedene Bestimmungen auf die damaligen besonderen Verhältnisse des Deutschen Reiches abgestellt waren; so der gemäss Art. 16 in der Hand des Reichsstatthalters zu schwörende Eid der Bischöfe, vor allem aber die speziell auf das besondere Anliegen der nationalsozialistischen Herrschaft abgestellten Art. 31 und 32 RK. Diese Artikel liefen darauf hinaus, daß die Kirche auf jede politische Tätigkeit durch ihre Vereine, Organisationen, Geistlichen und Ordensleute verzichten und sich ausschließlich auf reine seelsorgerische Tätigkeit beschränken sollte. Dabei nimmt Art. 32 RK. ausdrücklich auf die in Deutschland bestehenden Verhältnisse Bezug. Diese Bestimmungen haben daher mit dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes ihe innerstaatliche Geltung insoweit verloren, als sie ihrem Inhalt nach mit der neuen politischen Grundentscheidung, die ihren Ausdruck in den Grundsätzen der neuen Verfassungsordnung gefunden hat, nicht mehr vereinbar sind. Ob Art. 32 RK. überhaupt in Kraft getreten ist, weil die im Schlußprotokoll zu Art. 32 RK. vorgesehene Reichsregelung nicht erlassen worden ist,[79] kann dahinstehen, jedenfalls sind Art. 31 und 32 RK. als auf das besondere Anliegen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft abgestellte und von der neuen Verfas-

---

78) so wohl Wangler, Gutachten, Konkordatsprozess, S. 915;
79) ZAkdR. 38, 532 ff; so auch Becker, Rechtsproblematik S. 21.

sungsordnung missbilligte Einschränkungen der Vereinigungs- und der Meinungsfreiheit mit dem Zusammenbruch des Regimes, auf dessen Verhältnisse sie bezogen waren, als kraftlos geworden anzusehen.[80]

Art. 16 des Reichskonkordats hingegen war ohne Schwierigkeiten den neuen Verhältnissen nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes anzupassen, so daß der in die Hand des Reichsstatthalters zu leistende Eid der Bischöfe jetzt in die Hand des Ministerpräsidenten des betreffenden Landes zu schwören ist.[81]

Eine derartige Beziehung auf die nationalsozialistisch geprägten Verhältnisse ist bei den übrigen Bestimmungen des Reichskonkordats, insbesondere den Schulbestimmungen, nicht der Fall.[82]

Wenn das Reichskonkordat auch unter der Herrschaft des nationalsozialistischen Regimes abgeschlossen wurde, so war es doch in seinen Grundlagen auf die kirchenpolitische und verfassungsrechtliche Lage zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung zugeschnitten.[83]

Es gründete sich in seinen wesentlichen Zügen auf Entwürfe aus den Jahren 1921, 1924 und 1926. ~~zurück.~~[84]

Das gilt in besonderem Maße für die Schulbestimmungen, die auf wiederholte Bemühungen vor 1933, zuletzt noch 1931/32, zurückgehen und in ihren Grundgedanken auf dem Boden des Weimarer Verfassungssystems gewachsen sind.[85]

Außerdem ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut der Präambel des Reichskonkordats, daß seine Bestimmungen nicht auf die nationalsozialistischen Verhältnisse

---

80) Schultz, MDR. 56, 398; Peters, DVBl. 52, 752; BverfGE. 6, 336/337;
81) Peters, DVBl. 52, 752; Schultz, MDR. 56, 398; Kaiser S. 94 ff;
82) Schröcker, DVBl. 54, 526; Weber, Festschr. f. Smend, S. 365; Süsterhenn-Schäfer, S. 190; Weber,
83) Weber, Gegenwartslage, S. 157; ZAkdR. 38,534, Ablösg. S 31;
84) Schreiber, Gegenwartsprobleme, S. 169;
85) Ablösung S. 31; Schultz, MDR. 56, 398; Becker, Rechtsproblematik S. 21; Schröcker, DVBl. 54,526.

bezogen, sondern eine dauernde Regelung des Verhältnisses der Katholischen Kirche für den Gesamtbereich des Deutschen Reiches sein sollten. Daraus, daß die Art. 16, 31 und 32 RK. in ihrem ursprünglichen Inhalt nicht fortgelten, folgt nicht, daß damit das ganze Vertragswerk hinfällig ist. Das ergibt sich einmal daraus, daß sich das Reichskonkordat im übrigen mit anderen, in sich abgeschlossenen Fragen der Beziehungen zwischen Kirche und Staat befasst. Zum anderen bestimmt die Präambel ausdrücklich, daß die Konkordatsbestimmungen nach dem Willen der Parteien eine Dauerregelung ohne Rücksicht auf die augenblicklichen Verhältnisse, auf die nur ausnahmsweise in Art. 16, 31 und 32 RK. Bezug genommen wurde, bezwecken sollten.
Dazu kommt noch folgender Gesichtspunkt:
Nach dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Herrschaft hat der staatliche Partner in seiner eigenen neuen Verfassungsordnung Beschränkung der Freiheitssphäre, wie in Art. 31 und 32 RK., missbilligt und für rechtswidrig erklärt. Er kann daher aus dem Wegfall dieser, seiner neuen Verfassungsordnung widersprechenden Beschränkungen, die auf Verhältnisse bezogen waren, die überholt und von der staatlichen Grundordnung missbilligt sind, nicht auch den Fortfall der übrigen der neuen staatlichen Verfassungsordnung entsprechenden Bestimmungen des Reichskonkordats - insbesondere der Schulbestimmungen - herleiten.[86]

5. Erlöschen aus dem Gesichtspunkt der clausula rebus sic stantibus.

Nach dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen

---

86) Weber, Ablösung S. 31; Festschr. f. Smend, S. 365; Schultz, MDR. 56, 398; Becker, Rechtsproblematik S. 21; Süsterhenn-Schäfer, S. 190; Schröcker, DVBl. 54, 526; BverfGE. 6,332, 336, 337.

Gewaltherrschaft im Jahre 1945 änderte sich die Struktur des staatlichen Partners grundlegend. So wurde das zur Zeit des nationalsozialistischen Regimes zentralistisch aufgebaute Staatswesen dezentralisiert. Das führte zu erheblichen Kompetenzverschiebungen des zu einem Bundesstaat umgewandelten Deutschen Reiches. Ausser der staatsrechtlichen Umgestaltung änderte sich auch das Verhältnis zwischen Staat und Kirche. Die politischen und religiösen Verhältnisse erfuhren im Vergleich zur nationalsozialistischen Ära tiefgreifende Umwälzungen im Sinne einer freiheitlichen und demokratischen Grundordnung. Es erhebt sich daher die Frage, ob dieser Wandel der Verhältnisse, etwa aus dem Gesichtspunkt der clausula rebus sic stantibus, die Geltung des Reichskonkordats beeinflusst hat. So ist die Meinung vertreten worden, daß grundlegende Wandlungen auch der internen Staatsordnung die Konkordate beeinflussen.[87)]

a) Nach Smend [88)] ist eine besondere Kündigung oder Berufung auf die clausula rebus sic stantibus gar nicht erforderlich, um die Geltung von Konkordatsbestimmungen auszuschalten, denn der Staat könne auch später noch Normen aufstellen, die den Bestimmungen des Konkordats entgegenstehen.
Diese Ansicht beruht darauf, daß nach Smend ein Konkordat weder Vertragsnatur besitzt, noch der Völkerrechtsordnung unterliegt, sondern eine Koordination der Rechtsordnungen darstellt, die Staat und Kirche als ungleiche Rechtssubjekte für ihren Lebensbereich aufgestellt haben.[89)] Der konkordatsmässige Rechtszustand habe jeweils besondere innerkirchliche bzw. innerstaatliche Voraussetzungen und hänge lediglich von der Einigkeit beider Parteien ab.[90)] Bei Änderung

---

87) E.R. Huber, Verträge, S. 147 ff; Wagnon, S. 311 ff; 325 ff; Weber, Ablösg. S. 26 f;
88) JZ.56, 267;
89) JZ. 56, 265, 352, 395;
90) JZ. 56, 265.

innerstaatlicher oder innerkirchlicher Voraussetzungen sei weder Kirche noch Staat aus dem Konkordat verpflichtet, den konkordatsmässigen Rechtszustand in ihrem Lebensbereich aufrechtzuerhalten. Wegen der radikalen Änderung der Geltungsgrundlage der Schulbestimmungen des Reichskonkordats durch die Dezentralisation nach 1945 besteht nach Smend [91] für die jetzt ausschließlich zuständigen Länder keine Verpflichtung aus dem Reichskonkordat, dessen Schulbestimmungen zu beachten. Der Meinung von Smend kann jedoch nicht gefolgt werden, da Konkordate als völkerrechtliche oder zumindest quasi-völkerrechtliche Verträge anzusehen sind.[92] Eine Beseitigung der Bestimmungen des Reichskonkordats als eines Vertrages auf der Grundlage des Völkerrechts wegen veränderter Umstände ist daher, wie bei völkerrechtlichen Verträgen ohne Kündigungsklausel, allein aus dem Gesichtspunkt der clausula rebus sic stantibus möglich.

b) Diese Klausel besagt, daß ein Staat sich einseitig von einem völkerrechtlichen Vertrage lösen kann, wenn sich die Verhältnisse, die zur Zeit des Abschlusses herrschten, so tiefgreifend geändert haben, daß die Einhaltung wesentlicher Bestandteile des Vertrages mit den Lebensinteressen des Vertragspartners nicht mehr vereinbar ist.[93] Eine Berufung auf die clausula rebus sic stantibus könnte sich auf den Wandel der politischen und kirchlichen Verhältnisse gründen. Nach dem Umsturz des nationalsozialistischen Regimes wurde eine Ordnung errichtet, die wieder an die Verhältnisse der Weimarer Verfassung anknüpft. Wenn auch das Reichskonkordat zur Zeit des nationalsozialistischen Regimes abgeschlossen wurde, so ist damit nicht gesagt, daß es auch seinem Inhalt nach dem

---

91) JZ. 56, 396;
92) Vgl. S. 3;
93) Huber, Verträge, S. 128; Verdross, S. 155 Becker, Rechtsproblematik S. 46; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozess S. 834, 338; E. Kaufmann, Wesen des Völkerrechts S. 220.

Gedankengut dieser Zeit entspricht. Da das Reichskonkordat in seinen wesentlichen Zügen auf Entwürfe und Verhandlungen vor 1933 zurückgeht, ist es vielmehr in seinen Grundgedanken "auf dem Boden des Weimarer Verfassungssystems gewachsen." 94)

c) Ein Grund, sich auf die clausula rebus sic stantibus zu berufen, könnte sich durch die erheblichen innerstaatlichen Umwälzungen durch Gebietsverluste, Neugliederung sowie Kompetenzverschiebungen durch die neugeschaffene Verfassungsordnung ergeben.
So vertritt Wengler 95) die Ansicht, daß durch die neue Verfassungslage nach 1945, die der Bundesrepublik keine Möglichkeit geben, die Einhaltung der Schulbestimmungen auf dem ganzen Reichsgebiet zu gewährleisten, eine wesentliche Gültigkeitsvoraussetzung des Reichskonkordats hinfällig geworden sei. Wenn in einem Staat Verfassungsänderungen einträten, welche die Durchsetzung von Konkordatsbestimmungen verhinderten, dann entfalle das Konkordat selbst, es sei denn, die Änderung sei vorsätzlich erfolgt, damit das Konkordat nicht mehr gehalten zu werden brauche. Durch die Kompetenzverschiebung nach 1945 sei also das Reichskonkordat, jedenfalls bezüglich der Schulbestimmungen, hinfällig geworden.
Es ist jedoch im Völkerrecht anerkannt, daß weder die Umwandlung der Verfassung oder Staatsform, noch ein Gebietsverlust die Aufhebung eines Vertrages aus dem Gesichtspunkt der clausula rebus sic stantibus rechtfertigen, soweit diese Ereignisse nicht den Bestand des Staates an der Wurzel treffen.96) Diese

---

94) Weber, Ablösg. S 31; Gegenwartslage, S. 157; ZAkdR. 38, 534; vgl. S 20,21;
95) Wengler, NJW. 57, 1421/22;
96) Triepel, S. 3o3; Verdross, S. 3o4; v.Liszt-Fleischmann, S. 92; Schmitt, S.10; Becker, DVBl. 55, 106; Guggenheim, Völkerrecht I, S. 275 ff; Rousseau, S.358; Fauchille, S. 356; Schröcker, DVBl. 54, 487; Mosler, Festschr.f.Thoma; S. 172; de la Brière, S. 381; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 697; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozeß S. 834; Born, S. 42; Kaiser, ZaöRV. 18,537;

Grundsätze gelten auch für Konkordate.[97] Gebietsverluste, innerstaatliche Neugliederung, Umwandlung des Deutschen Reichs vom Einheitsstaat in einen Bundesstaat sowie die neue Kompetenzverteilung nach dem Bonner Grundgesetz lassen also als rein interne Änderungen die staatliche Identität sowie die völkerrechtliche Stellung des Gesamtstaates grundsätzlich unbeeinträchtigt. Derartige innerstaatliche Verschiebungen sind daher nicht in der Lage, die Bundesrepublik von Pflichten aus völkerrechtlichen Verträgen, die vom Deutschen Reich abgeschlossen wurden, zu entbinden. Nur wenn ganz außergewöhnliche Umstände hinzutreten, die eine Aufrechterhaltung der Verpflichtung des Gesamtstaates als nicht mehr zumutbar erscheinen lassen, ist ausnahmsweise eine Lösungsmöglichkeit aus den vertraglichen Pflichten aus dem Gesichtspunkt der clausula rebus sic stantibus gegeben. Die Berufung auf die clausula führt jedoch nicht automatisch zur Hinfälligkeit des Vertrages, sondern der Vertragsteil, der das Vorliegen solcher Umstände behauptet, kann von dem anderen Vertragsteil verlangen, über die Außerkraftsetzung oder die Änderung des Vertrages in Verhandlungen zu treten,[98] allerhöchstens zu einem außerordentlichen Kündigungsrecht des Vertragspartners.[99] Zuvor muß jedoch der Vertragsgegner verständigt werden und ein Einvernehmen mit ihm gesucht worden sein.[100]

---

97) Roedel-Paulus, S. 51; Huber, S. 130; Becker, Rechtsproblematik S. 47; Wagnon, S. 301 ff; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozess S. 839; Born, aaO.; Kaiser, aaO.;

98) Verdross, 1. Gutachten Konkordatsprozeß, S. 717; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 838; Rousseau, S. 590 f; a.A. Laun, Gutachten Konkordatsprozeß S. 872, der eine Hinfälligkeit des Reichskonkordats aus dem Gesichtspunkt der clausula ipso jure annimmt;

99) So Peters, DVBl. 52, 752; Schultz, MDR. 56, 398;

100) Becker, Rechtsproblematik S. 49;

Die Vertragspartner sind aber bisher weder in Verhandlungen über eine Änderung von Bestimmungen des Reichskonkordats eingetreten, noch ist eine Rücktritts- oder Kündigungserklärung, die als empfangsbedürftige Erklärung dem Vertragsgegner auch zugehen muß[101], abgegeben worden. Außerdem liegen Umwälzungen in einem solchen Ausmaße, daß sie "den Bestand des Staates an der Wurzel träfen", bei Fortgeltung des Reichskonkordats im Rahmen der Neuorganisation des Deutschen Reiches durch das Bonner Grundgesetz nicht vor. Daher können Einwendungen gegen die Gültigkeit des Reichskonkordats aus dem Gesichtspunkt der clausula rebus sic stantibus nicht erhoben werden.[102] Aus den vorgenannten Gründen kann auch der Ansicht [103] nicht gefolgt werden, daß die Bestimmung des Art. 23 RK. aus dem Gesichtspunkt der clausula rebus sic stantibus deshalb hinfällig geworden ist, weil einzelne Länder in ihrer Verfassung der Gemeinschaftsschule einen Vorrang eingeräumt hätten, zumal eine Regelung in der Verfassung eines Landes als rein innerstaatlicher Vorgang die Berufung auf die clausula rebus sic stantibus ohnehin nicht gestattet.
Auch die Ansicht Kerns,[104] daß die Vermischung der Konfessionen durch die Vertriebenen die Gemeinschaftsschule erfordere, bietet keinen rechtlich erheblichen Grund für die Annahme der Hinfälligkeit des Art. 23 RK. aus dem Gesichtspunkt der clausula rebus sic stantibus.

---

101) Becker, Rechtsproblematik S. 54; Huber, Verträge, S. 135; Born, S. 42, 43;
102) Becker, DVBl. 55, 146; Rechtsproblematik S. 54, 69; Schmitt, S. 13; Huber, Verträge, S. 124; Spreng-Birn-Feuchte, S. 56 ff; so auch Becker, Rechtsproblematik S. 44 ff; Holtkotten i. Bonner Kommentar, Erl. 5. zu Art. 123 Abs. 2; Erler, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 645;
103) Bechert, i. Westd. Schulzeitung Nr. 19; Jellinek, b. Fischer, S. 69; Zinn - Stein, S. 247;
104) DVBl. 54, 451;

6. Aufhebung durch Besatzungsrecht.

a) Die Geltung des Reichskonkordats könnte dadurch beseitigt worden sein, daß es durch die Besatzungsmächte aufgehoben worden ist.[105] Das Reichskonkordat könnte durch die Kontrollratsproklamation Nr. 2 Abschn. 3 Ziff. 6[106] aufgehoben worden sein. Danach wurde die Entscheidung über das Fortgelten von Verträgen des Deutschen Reiches besonderen Anweisungen durch die Besatzungsmächte vorbehalten. Aufgrund dieser Proklamation ist jedoch von den Besatzungsmächten kein Beschluß gefasst worden, der gegen ein Fortgelten der Bestimmungen des Reichskonkordats gerichtet war. Auch in der Proklamation selbst ist nichts darüber gesagt, ob das Reichskonkordat als suspendiert oder fortgeltend angesehen wurde. Diese Frage lag auch außerhalb der Einflußmöglichkeit der Besatzungsmächte. Eine Entscheidung über die Geltung des Reichskonkordats als einer völkervertraglichen Abmachung hätte den Rahmen ihrer Okkupationsgewalt, die lediglich auf das Gebiet des okkupierten Staates beschränkt ist, in unzulässiger Weise überschritten.[107] Diese Frage richtet sich allein nach Völkerrechtsgrundsätzen. Im Völkerrecht ist es aber ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, daß Verträge des Deutschen Reichs mit den im 2. Weltkrieg neutral gebbliebenen Staaten weder durch den Krieg, noch die militärische Niederlage, noch die Besetzung in ihrer völkerrechtlichen Gültigkeit beeinträchtigt werden konnten.[108]

---

105) Schröcker, DVBl. 54, 491; Ministerpräsident v. Nieders. b. Fischer S. 84;

106) Amts-Bl. des Kontrollrats in Deutschland v.29.10. 1945, S. 9;

107) Aubin, DRZ. 48, 5, Beiheft S.10; Becker, DVBl. 55, 147; Rechtsproblematik, S.57; Sauser-Hall, Jahrb. f. Völkerrecht III S.19; Stödter, S. 185 ff; Guggenheim, II S. 935; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozeß, S.711; Verdross, 1. Gutachten Konkordatsprozeß, S.717; Maunz, Gutachten Konkordatszsprozeß S.782; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozeß, S.842;

108) Aubin, aaO; Groppe, S. 71; Becker, DVBl. 55,147; Rechtsproblematik S. 57; Schlochauer, DRZ.46,161; Altenberg, NJW. 51,831;Seuffert, NJW.47,48,629; BGHSt. 3,265; OLG.Frankfurt NJW. 51,38; BverfGE.,6 337; Schweizer Bundesgericht, NJW 53,39; Scheuner, Gutachten, Konkordatsprozeß, S. 711; Klein, "Steuer und Wirtschaft"1947 Sp. 197, 198. 216.

Dieser Grundsatz muß auch entsprechend für das Reichskonkordat gelten, da der Heilige Stuhl gleich einem Staat Völkerrechtssubjekt ist und die Konkordate in gleicher Weise nach Völkerrecht zu beurteilen sind wie Verträge zwischen Staaten.[109] Eine Beeinträchtigung der Gültigkeit des Reichskonkordats durch die Besatzungsmächte war daher nicht möglich.

b) Dieselben Grundsätze gelten auch für die Direktive Nr. 6 der Alliierten Hohen Kommission in Ausführung des Vorbehalts Nr. 2 c des revidierten Besatzungsstatus vom 6. 3. 1951.[110] Danach wird die Wiederanwendung von Vorkriegsverträgen von einer Übereinkunft der Bundesrpublik mit der beteiligten Macht und der Zustimmung der Allierten Hohen Kommission abhängig gemacht. In dieser Direktive steht Schröcker[111] eine generelle Suspendierung aller Vorkriegsverträge des Deutschen Reiches, darunter auch des Reichskonkordats. Unter der Herrschaft des Besatzungsstatus habe sich daraus eine "mehrjährige feste Übung" entwickelt, die nicht nur als eine vorübergehende Regelung im Verhältnis Bundesrepublik zu den Besatzungsmächten anzusehen sei, sondern auch unmittelbar die Beziehungen der Bundesrepublik zu den auswärtigen Staaten berühre. Alle deutschen Vorkriegsverträge seien daher als ausser Kraft gesetzt zu betrachten.
Dieser Ansicht steht aber als anerkannter Grundsatz der Völkerrechtslehre gegenüber, daß eine solche Beeinflussung völkerrechtliche Verträge mit einem im Kriege neutral gebliebenen Vertragspartner den Rahmen der Befugnisse einer Besatzungsmacht überschreitet und damit unwirksam ist.[112] Der Vorbehalt des Besatzungsstatuts und das Wiedereinsetzungsverfahren nach der Direktive Nr. 6 können daher auf das Reichskonkordat keine Anwendung finden.

c) Da die Besatzungsmächte im Rahmen ihrer Okkupations-

---

109) Vgl. Abschnitt II (S. 2 - 4)
110) ABl. der All. Hh. Kommission 1951, 8, 46;
111) DVBl. 54, 491;
112) wie Anm. 101;

gewalt Anordnungsbefugnisse innerhalb des okkupierten Gebietes besassen, könnten Bestimmungen des Reichskonkordats höchstens mit rein innerstaatlicher Wirkung aufgehoben worden sein. Das könnte für das Gebiet der britischen Besatzungszone durch die Erziehungsanordnung Nr. 1 der Britischen Militärregierung vom 14. 1. 1946 geschehen sein. Darin heißt es in Abschnitt IV, daß das Konkordat, soweit es das Gebiet der britischen Besatzungszone betrifft, als zeitweilig außer Kraft befindlich anzusehen sei.
Das bedeutet jedoch nicht die Hinfälligkeit des Konkordats; es wird vielmehr in dieser Anordnung selbst darauf hingewiesen, daß das Reichskonkordat imstande sei, wiederaufzuleben und in Kraft zu treten, wenn die erforderlichen Voraussetzungen, die zur Zeit nicht gegeben seien, wieder vorlägen.
Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß diese Erziehungsanordnung kein Akt der Gesetzgebung war, sondern eine interne Dienstanweisung für die britischen Behörden bzw. eine politische Richtlinie.[113] Wenn die Militärregierung auch rechtsirrig der Meinung war, das Konkordat sei zeitweilig außer Kraft getreten, so wollte sie sich doch danach richten, soweit die erforderlichen Voraussetzungen gegeben seien. Die Bestimmung des Reichskonkordats ist daher weder völkerrechtlich noch innerstaatsrechtlich aufgehoben worden.[114]

7. Widerspruch zum Grundgesetz.

Die Geltung des Reichskonkordats ist mit der Begründung in Zweifel gezogen worden, es sei mit dem Bonner Grundgesetz nicht zu vereinbaren.[115] Dieser Einwand richtet sich vor allem gegen die Schulbestimmungen des Reichskonkordats, wonach die bestehenden Bekenntnisschulen gewährleistet werden und

---

113) Becker, Rechtsproblematik, S. 58, Weber, Abl. S. 27, BverfGE. 6, 337; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 712; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozeß S. 948.
114) so auch BverfGE. 6, 338;
115) Heppes, S. 86; Bechert, Westd. Schulzeitung Nr. 19;

neue zu errichten sind, wenn die Erziehungsberechtigten es beantragen.

a) In Art. 23 des Reichskonkordats könnte ein Widerspruch zu Art. 3 Abs. 3 GG. gesehen werden, weil in Art. 23 RK. nur die Beibehaltung und Neuerrichtung katholischer Bekenntnisschulen gewährleistet wird und dadurch die Nichtkatholischen benachteiligt werden.[116] Wenn Art. 23 des Reichskonkordats für die Katholiken bestimmt, daß katholische Bekenntnisschulen beizubehalten und unter bestimmten Voraussetzungen neu zu errichten sind, so ist damit nicht gesagt, daß bei Vorliegen derselben Voraussetzungen Nichtkatholiken nicht in gleicher Weise die Beibehaltung bzw. Neuerrichtung von Schulen in der von ihnen gewünschten Art verlangen können. Vielmehr ergibt sich, daß auch Angehörige anderer Religionsgemeinschaften die Einrichtung von Bekenntnisschulen verlangen können, wie es für die katholischen Bekenntnisschulen ausdrücklich im Reichskonkordat festgelegt ist, nicht das Verbot, katholische Bekenntnisschulen zu errichten. Von einer Benachteiligung der Nichtkatholiken durch Art. 23 des Reichskonkordats kann daher keine Rede sein.
Es ist allerdings denkbar, daß eine Minderheit so gering ist, daß die Errichtung einer eigenen Schule organisatorisch nicht durchführbar ist. Aber auch darin ist eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 GG. nicht zu erblicken. Mit Recht hat das Bundesverfassungsgericht verschiedentlich[117] darauf hingewiesen, daß Art. 3 GG. nicht mechanisch angewandt werden darf, sondern daß sachliche Unterschiede auch eine unterschiedliche Behandlung erlauben.[118] Es ist daher Becker zuzustimmen,[119] daß im Schulwesen den Schranken

---

116) so Laun, Gutachten Konkordatsprozeß S. 878;
117) BverfGE. 1, 52; 247; 2, 281; 3, 182; 4, 155; = NJW. 55, 625;
118) So auch v. Mangoldt-Klein, Anm. III 1) zu Art.3 GG; Wernicke i. Bonner Kommentar Anm. II zu Art.3 GG; Maunz, S. 107/108;
119) Rechtsproblematik S. 84, so auch Maunz, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 808.

des Art. 3 Abs. 3 GG. Rechnung getragen ist, wenn allen Eltern bei gleichen Voraussetzungen die gleichen Möglichkeiten bei der Errichtung einer Schule in der von ihnen gewünschten Art eingeräumt werden. Dieser Grundsatz wird durch die Schulbestimmungen des Reichskonkordats nicht beeinträchtigt.

b) In der Bekenntnisschule im Sinne des Reichskonkordats werden Kinder eines Bekenntnisses von Lehrern desselben Bekenntnisses unterrichtet, und der gesamte Unterricht ist auf den Geist des betreffenden Bekenntnisses abgestellt. Schulen dieser Art sind nach Art. 23 des Reichskonkordats zu errichten, wenn es von den Erziehungsberechtigten beantragt wird. Das kann allerdings dazu führen, daß an Orten, wo nur eine Schule besteht, die Wünsche der Erziehungsberechtigten aber hinsichtlich der Art der Schule auseinandergehen, die jeweiligen Minderheiten gezwungen sind, auf die von ihnen gewünschte Schulart zu verzichten, wenn ihren Kindern weite Schulwege erspart bleiben sollen. Sie müssen dann ihre Kinder in einer nicht ihren Wünschen entsprechenden Schule erziehen und unterrichten lassen. Darin wird ein Verstoß gegen die in Art. 4 Grundgesetz gewährleistete Glaubens- und Gewissensfreiheit erblickt. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß in Art. 7 Abs. 5 GG. die Bekenntnisschule institutionell garantiert ist, jedenfalls insoweit, als sie nicht entsprechend der allgemeinen verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranke des Art. 2 Abs. 1 GG. gegen die "Rechte anderer", die "verfassungsmässige Ordnung" oder das "Sittengesetz" verstößt.[120] Ein Verstoß gegen "Rechte anderer" liegt, wie vorstehend erörtert, nicht vor. Möglichkeiten eines Verstoßes gegen das Sittengesetz oder die verfassungsmässige Ordnung scheiden bei den Schulbestimmungen des Reichskonkordats aus. Da die Verfassung also die Institution der Bekenntnisschule speziell

---

120) v. Mangoldt-Klein, Anm. V 5 b) zu Art. 7 GG;

gewährleistet hat, hat sie solche unvermeidlichen, schulorganisatorischen Einschränkungen des allgemeinen Grundrechts des Art. 4 GG. in Kauf genommen, die durch das Wesen der Institution der Bekenntnisschule bedingt sind. Die Berufung auf allgemeine Grundrechte ist daher ausgeschlossen, soweit ihre Einschränkungen sich aus dem Wesen der Bekenntnisschule ergeben.[121] Außerdem ist in diesem Zusammenhange auf die Bestimmung des Art. 6 Abs. 2 GG. hinzuweisen. Ob nun die Vorschrift des Art. 6 Abs. 2 GG. als Grundrecht [122] anzusehen ist oder als ein "Menschenrecht im Sinne der Grundrechts-Subjektivität und Grundrechts-Qualität",[123] so geht sie jedenfalls als Abwehrrecht gegen unzulässige Eingriffe des Staates als unmittelbar geltendes Recht über den rechtlichen Charakter eines Programmsatzes oder einer Institutsgaratie hinaus.[124] Wenn Art. 6 Abs. 2 GG. das Erziehungsrecht der Eltern als ihr natürliches Recht hervorhebt, so legt diese Grundrechtsvorschrift dem Willen der Eltern in Erziehungsfragen ihrer Kinder erhebliches Gewicht bei. Auch im Schulbereich wird das Recht der Eltern, Art und Weise der Erziehung ihrer Kinder maßgeblich zu bestimmen, anerkannt.[125] Unter Berücksichtigung des Schulzwanges und der tatsächlich begrenzten Möglichkeiten, Schulen von weltanschaulich verschiedener Gestaltung zu errichten, kann es daher nicht als Verletzung des Grundrechts der Glaubens- und Gewissensfreiheit angesehen werden, wenn dem von der Gläubensüberzeugung und

---

121) Heckel, DÖV. 53, 595; Becker, Rechtsproblematik S. 86;
122) Fleig S. 12/13, 19, 36;
123) v. Mangoldt-Klein, Anm. IV 2,3 zu Art. 6 GG; Wernicke i. Bonner Kommentar, Erl. II c zu Art. 6 GG
124) BverfGE. 4, S. 57;
125) Fleig, S. 11 ff; Mayer, DVBl. 55, 581; Becker, Rechtsproblematik S. 80/81; Giese, FamRZ. 54, 132; Heckel, DÖV. 501; 53, 593; 54, 144; OVG. Hamburg, DVBl. 53, 506; v. Mangoldt-Klein, Anm. VII 4 zu Art. 7 GG;

religiösen Verantwortung getragenen Wunsche der Mehrheit der Erziehungsberechtigten in der Weise entsprochen wird, wie es in den Schulbestimmungen des Reichskonkordats vorgesehen ist.[126] Ein Verstoß der Schulbestimmungen gegen Normen des Bonner Grundbesetzes liegt daher nicht vor. Die Schulbestimmungen des Reichskonkordats von 1933 sind also rechtswirksam zustandgekommen und durch die späteren Ereignisse nicht wieder erloschen, so daß sie nach wie vor in Kraft sind.

---

126) Mörsdorf, Gutachten, Konkordatsprozess S. 842; BverfGE. 6, 339/340;

B. Verfassungsmässige Verpflichtung der Länder gegenüber dem Bund zur Einhaltung der Schulbestimmungen des Reichskonkordats.

I. Die Vorschrift des Art. 123 Abs. 2 GG.

Aus der völkerrechtlichen Weitergeltung des Reichskonkordats ergibt sich, daß die Vertragsparteien verpflichtet sind, die sich aus dem Konkordat ergebenen Pflichten zu erfüllen. Da die Bundesrepublik Deutschland mit dem Deutschen Reich identisch ist, ist sie als Vertragspartner des Heiligen Stuhls hinsichtlich des Reichskonkordats von 1933 anzusehen. Soweit die im Reichskonkordat geregelten Tatbestände auch nach der Verfassungsordnung des Bonner Grundgesetzes in die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes fallen, ergeben sich für die innerstaatliche Durchsetzung der Konkordatsbestimmungen keine Schwierigkeiten.

Für das Gebiet des Schulrechts hat das Bonner Grundgesetz als Verfassung die Gesetzgebungskompetenz jedoch ausschließlich den Ländern zugewiesen. Daher können die Verpflichtungen aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats innerstaatlich allein von den Ländern erfüllt werden. Es fragt sich daher, ob für die Länder gegenüber dem Bund eine Verpflichtung besteht, bei ihrer Gestaltung des Schulrechts die entsprechenden Bestimmungen des Reichskonkordats zu beachten.

Eine derartige Verpflichtung der Länder gegenüber dem Bund ist zunächst in der Verfassung zu suchen, da in ihr das Verhältnis zwischen Bund und Ländern geregelt ist. Eine verfassungsrechtliche Bestimmung in Bezug auf Staatsverträge des Deutschen Reiches über Gegenstände, die nach dem Bonner Grundgesetz ausschließlich der Landesgesetzgebungskompetenz unterliegen, ist in Art. 123 Abs. 2 GG. getroffen. Danach bleiben die vom Deutschen Reich abgeschlossenen Staatsverträge, die sich auf Gegenstände beziehen, für die nach dem Grundgesetz die Landesgesetzgebung

zuständig ist, unter Vorbehalt aller Rechte und Einwendungen der Beteiligten in Kraft, wenn sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gültig sind und fortgelten, bis neue Staatsverträge durch die nach diesem Grundgesetze zuständigen Stellen abgeschlossen werden, oder ihre Beendigung auf Grund der in ihnen enthaltenen Bestimmungen anderweitig erfolgt.

1. Das Konkordat als Staatsvertrag im Sinne des Art. 123 Abs. 2 GG.

Die Anwendung der Bestimmung des Art. 123 Abs. 2 GG. setzt voraus, daß das Reichskonkordat als Staatsvertrag anzusehen ist.
Diese Frage war in der Weimarer Zeit streitig.[1] Das Bonner Grundgesetz bringt in Art. 32 Abs. 3 und Art. 59 Abs. 1 GG. durch die Formulierung "Verträge mit auswärtigen Staaten" zum Ausdruck, daß diese Vorschriften für Konkordate nicht anwendbar sein sollten.[2] Mit dem gesetzestechnischen Mittel, im Gegensatz zu der besonderen Formulierung "Verträge mit auswärtigen Staaten" in Art. 32 Abs. 3 und, 59 Abs. 1 GG., in Art. 123 Abs. 2 GG. von Staatsverträgen zu sprechen, legt das Bonner Grundgesetz schon durch den Wortlaut dieser Bestimmung nahe, "Staatsverträge" begrifflich weiter aufzufassen, als "Verträge mit auswärtigen Staaten". Für diese erweiternde Auslegung des Begriffs "Staatsverträge" spricht auch, daß schon zur Weimarer Zeit Konkordate als Staatsverträge im Sinne der Landesverfassungen behandelt wurden.[3] Auch die Art des Abschlusses von Konkordaten erfolgt in Form völkerrechtlicher Verträge.

---

1) dafür: Hatschek, Staatsrecht S. 442; Hatschek-Kurtzig, S. 516 f.; Rothenbücher, AöR. 8,330;
dagegen: Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs S. 420/ Bad Homburg 1960; Giese, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Anm. 1 zu Art. 78 WRV.; Heckel, S.210;
2) v. Mangoldt-Klein Anm. 3 zu Art. 59 GG.; Menzel i. Bonner Komment. Anm. II, 8. zu Art. 32 GG.; JÖR. NF Bd. 1 S. 416;
3) Amtl. Begründung zum Preuss. Konkordat sowie Regierungsbegründung zum Bayr. Konkordat und den Kirchenverträgen, b. Koeniger, S. 21 und 124.

Wenn der Heilige Stuhl auch kein auswärtiger Staat ist, so kommt ihm doch die Eigenschaft als Völkerrechtssubjekt zu, so daß Konkordate als zur Völkerrechtsordnung gehörige Verträge angesehen werden müssen. Konkordate wie Staatsverträge stimmen daher in ihrer Rechtsnatur als Verträge auf internationaler, völkerrechtlicher Grundlage überein. Daher sind unter "Staatsverträge" im Sinne von Art. 123 Abs. 2 GG. nicht nur Verträge mit ausländischen Staaten, sondern alle völkerrechtlichen Verträge des Deutschen Reiches und damit auch das Reichskonkordat von 1933 zu verstehen.[4] Das geht auch eindeutig aus den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates hervor.[5]

2. Die weiteren Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 123 Abs. 2 GG.

Die Schulbestimmungen des Reichskonkordats betreffen einen Gegenstand, für den das Bonner Grundgesetz gemäss Art. 70 ff. GG. die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis den Ländern zuweist. Damit ist eine weitere Voraussetzung für die Anwendung des Art. 123 Abs. 2 GG. gegeben.
Wie bereits dargelegt, [6] kann aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen weder die Ungültigkeit, noch ein späteres Erlöschen des Reichskonkordats hergeleitet werden. Neue Verträge sind bisher durch die jetzt ausschließlich zuständigen Länder nicht abgeschlossen, noch sind die Schulartikel des Reichskonkordats auf Grund in ihnen enthaltener Bestimmungen anderweitig beendet wor-

---

4) Giese, Grundgesetz S. 199; Becker, Rechtsproblematik, S. 67; DVBl. 55,105; 145; Weber und Peters, Gegenwartlage, S. 156, 196; Holtkotten, i. Bonner Kommentar Erl. 1 zu Art. 123 GG. Abs. 2; Süsterhenn-Schäfer, S. 190; Groppe, S. 78; Erler, Gutachten Konkordatsprozess, S. 647; Peters, Gutachten, Konkordatsprozess, S. 654; BverfGE. 6, 341;
5) JÖR. NF. Band 1 S. 841 f; 899 ff;
6) vgl. S. 1 - 22.

den. Damit sind alle Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 123 Abs. 2 GG. auf die Schulbestimmungen des Reichskonkordats gegeben; ihre Geltungs- und Bindungskraft richtet sich also nach Maßgabe des Artikels 123 Abs. 2 GG.

3. Die völkerrechtliche Vertragsgeltung als Voraussetzung für die innerstaatliche Geltung nach Artikel 123 Abs. 2 GG.

a) Die verklausulierte Formulierung des Artikels 123 Abs. 2 GG. bereitet erhebliche Schwierigkeiten, den Inhalt dieser Vorschrift in seiner Tragweite klarzustellen.

Das Bonner Grundgesetz als Verfassung der Bundesrepublik Deutschland hat nur Wirksamkeit innerhalb dieses Staatsgebietes. Eine Entscheidung über den völkerrechtlichen Fortbestand der Staatsverträge des Deutschen Reiches, wie es dem reinen Wortlaut nach angenommen werden könnte, konnte daher in Artikel 123 Abs. 2 GG. nicht getroffen werden und sollte es auch nicht,[7] denn innerstaatliches Recht, auch Verfassungsrecht, kann völkerrechtliches Vertragsrecht nicht abändern.[8]

Art. 123 Abs. 2 GG. nimmt daher als innerstaatliche Rechtsnorm zur Frage des völkerrechtlichen Schicksals der Staatsverträge des Deutschen Reiches keine Stellung;[9] diese Frage ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen. Der Sinn des Artikels 123 Abs. 2 GG. liegt deshalb nicht in der Blickrichtung nach aussen, sondern nach innen. Art. 123 Abs. 2 GG. ist also lediglich auf das Fortgelten des in innerstaat-

---

7) vgl. schriftlichen Bericht des Abgeordneten Dr. von Brentano als Berichterstatter zu Abschn. XI des GG. Seite 62 u. Sten. Bericht S. 190; Holtkotten, Erl. 3 b zu Art. 123 Abs. 2 ; Becker, Rechtsproblematik, S. 69; Schröcker, DVBl. 54, 486;

8) Becker, DVBl. 55, 146; Rechtsproblematik, S. 54, 69; Schmitt, S. 13; Huber, Verträge, S. 124;

9) Holtkotten im Bonner Kommentar, Erl. 3 B zu Art. 123 Abs. 2; Becker, Rechtsproblematik, S. 69; Schröcker, DVBl. 54, 486; BverfGE. 6, 342.

liches Recht ransformierten Vertragsinhalts bezogen. Die Richtigkeit dieser Auslegung findet ihre Bestätigung in der ausdrücklichen Beziehung der Vorschrift auf " Staatsverträge", die sich auf Gegenstände beziehen, für die die Landesgesetzgebung zuständig ist, die Reichsverträge über Gegenstände der Bundesgesetzgebungskompetenz aber nicht erwähnt sind.[10)]

b) Ausgangspunkt des Verfassungsgesetzgebers war, daß die Bundesrepublik die allein legitimierte Organisationsform des trotz der Ereignisse von 1945 fortbestehenden Deutschen Reiches ist. Daraus ergibt sich, daß die Bundesrepublik an die Verträge gebunden ist, die das Deutsche Reich abgeschlossen hat, soweit diese Verträge gültig sind.[11)] Soweit also die Staatsverträge des Deutschen Reiches nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gültig sind, soll nach Maßgabe des Art. 123 Abs. 2 GG. auch das in innerstaatliches Recht transformierte Vertragsrecht gültig sein. Damit sollte die Abhängigkeit des Fortgeltens innerstaatlichen Rechts aus völkerrechtlichen Verträgen vom völkerrechtlichen Bestand der Verträge selbst zum Ausdruck gebracht werden.[12)]
Bezeichnend zur Bestimmung von Inhalt und Zweck des Art. 123 Abs. 2 GG. ist auch die Stellung dieses Artikels in den Übergangs- und Schlußbestimmungen des Bonner GG. Solche Übergangs- und Schlußbestimmungen sind in vielen Verfassungen zu finden und sollen Zweifel darüber ausschalten, ob Recht aus einer früheren Verfassungsperiode auch unter der neuen Verfassungsordnung weitergelten soll. Art. 123 Abs. 2 GG. bestimmt für Staatsverträge, worunter auch das Konkordat fällt, inwieweit ihre Bestimmungen innerstaatlich in Kraft bleiben, obwohl sie aus einem Vertrage stammen, der unter einer früheren Verfassungsordnung ent-

---

10) Vgl. Becker, Rechtsproblematik, S. 70; NJW. 57,697; Holtkotten im Bonner Kommentar, Erl. 3 b zu Art. 123 Abs. 2; BverfGE. 6, 342;
11) vgl. Erkl. des Abgeordneten Zinn in der 46, Sitzung des Parl. Rates am 2o.1.1949 (Verhandlungen des Hauptausschusses des Parl-Rates, S. 600;
12) vgl. auch BverfGE. 6, 346;

standen ist. Das bedeutet für die Schulartikel des Reichskonkordats, daß Art. 123 Abs. 2 GG. die Frage regelt, inwieweit sie innerstaatlich weitergelten, obwohl nach der neuen Verfassungsordnung die Gesetzgebungskompetenz für diesen Gegenstand nicht mehr beim Gesamtstaat liegt, sondern bei den einzelnen Gliedstaaten, den Ländern. Da die völkerrechtliche Fortgeltung des Konkordats zu bejahen ist, und die übrigen Voraussetzungen des Art. 123 Abs. 2 GG. gleichfalls gegeben sind, gelten die Schulbestimmungen des Reichskonkordats auch innerstaatlich nach Maßgabe des Art. 123 Abs. 2 GG. fort.

II. Art der Fortgeltung.

1. Als Bundesrecht.

Bei der neuen Kompetenzverteilung erhebt sich die Frage, in welcher Form die Schulbestimmungen des Reichskonkordats fortgelten, als Bundes- oder Landesrecht.
Aus dem Wortlaut des Art. 123 Abs. 2 GG. selbst lässt sich für die Beantwortung dieser Frage nichts herleiten, denn im Gegensatz zu Art. 124 und 125 GG. sagt Art. 123 Abs. 2 GG. nichts über die Fortgeltung des in innerstaatliches Recht transformierten Vertragsinhalts von Staatsverträgen als Bundes- oder Landesrecht. Er bestimmt lediglich, daß die Vorschriften eines gültigen Staatsvertrages des Deutschen Reiches auch innerstaatlich nicht erloschen sind.
Ob die Bestimmungen des Reichskonkordats als Bundesrecht oder Landesrecht fortgelten, kann daher nur aus dem Zusammenhang des Art. 123 Abs. 2 GG. mit anderen Vorschriften des Bonner GG. entnommen werden.

a) Eine Fortgeltung der Schulbestimmungen aus dem Reichskonkordat als Bundesrecht könnte sich aus Art. 140 GG. in Verbindung mit Art. 136 bis 139 u. 141 WRV. ergeben.
Art. 140 GG. bestimmt, daß die Art. 136 bis 139 u. 141 WRV., in denen das Verhältnis zwischen Kirche und

Staat geregelt war, Bestandteil der Verfassung geworden sind. Nach der Verfassung des Deutschen Reiches (Art. 10 Nr. 1 WRV.) war es zulässig, die Art. 136 ff. WRV. durch die Bestimmungen des Reichskonkordats, die als Ganzes innerstaatlich in Reichsrecht transformiert worden sind, zu ergänzen. Es ist daher die Ansicht vertreten worden,[13] die Konkordatsbestimmungen seien als Reichsvertragsrecht in ihrer Gesamtheit in Bundesrecht übergeleitet worden, weil durch Art. 140 GG. der gesamte Komplex der staatskirchenrechtlichen Beziehungen aus der Weimarer Verfassung, der auch die Bestimmungen des Reichskonkordats umfaßte, in die Verfassung übernommen worden sei. Deshalb könne dieser einheitliche Komplex verfassungsrechtlich nicht in seine einzelnen Bestandteile zerlegt werden, zumal eine Aufteilung des einheitlich abgeschlossenen Vertragswerks nach der heutigen Zuständigkeitsregelung Verwirrung hervorrufen würde. Daher könne das Reichskonkordat nicht teils als Bundesrecht, teils als Landesrecht weitergelten, sondern sei in seinem ganzen Umfange Bundesrecht geworden.

b) Dem ist entgegenzuhalten, daß der Bund nicht wie das Reich gemäss Art. 10 Nr. 1 WRV. durch Reichsgesetz Grundsätze für die Rechte und Pflichten der Religionsgesellschaften aufstellen kann. Gestützt auf diese Vorschrift konnte das Reich auch Artikel des Reichskonkordats zur Bestimmung von Rechten und Pflichten der Religionsgesellschaften heranziehen. Art. 10 Nr. 1 WRV. ist aber weder in die neue Verfassung übernommen worden, noch hat das Bonner GG. dem Bund eine entsprechende Gesetzgebungsbefugnis auf diesem Gebiete eingeräumt. Aus diesem verfassungsrechtlich bedeutsamen Unterschied ergibt sich, daß die Funktion des Reichskonkordats unter der heutigen Verfassung

---

13) Becker, Rechtsproblematik, S. 79; Peters, Gutachten Konkordatsprozess, S. 653;

nicht dieselbe sein kann, wie nach der Weimarer Reichsverfassung im Deutschen Reich.
Die Gefahr einer Verwirrung durch eine Trennung der Bestimmungen des Reichskonkordats in Bundes- und Landesrecht ist kein überzeugendes Argument, da die Schulbestimmungen innerhalb des Reichskonkordats ein in sich abgeschlossenes Sachgebiet darstellen. Für dieses Sachgebiet hat das Bonner GG. die Gesetzgebungszuständigkeit ausschließlich den Ländern übertragen. Es kann daher systematisch und verfassungsrechtlich von den übrigen Bestimmungen des Reichskonkordats getrennt werden, ohne daß die Gefahr einer Verwirrung besteht. Es ist also durchaus möglich, daß der Inhalt des Reichskonkordats teils als Bundesrecht, teils als Landesrecht weitergilt.[14)]
Es muß daher dem Bundesverfassungsgericht [15)] zugestimmt werden, daß ein Fortgelten der Schulbestimmungen als Bundesrecht nicht daraus zu entnehmen ist, daß die übrigen Bestimmungen des Reichskonkordats Bundesrecht geworden sind und die Schulbestimmungen von ihnen verfassungsrechtlich nicht zu trennen wären.

2. Als Landesrecht.

Dagegen könnte sich aus dem Zusammenhang des Art. 123 Abs. 2 GG. mit Art. 124, 125 GG. ergeben, daß der in innerstaatliches Recht transformierte Konkordatsinhalt als Landesrecht fortgilt, soweit er die Schulangelegenheiten regelt. Aus Art. 124 u. 125 GG. ergibt sich, daß früheres Recht, für das nach dem Bonner GG. die Gesetzgebungskompetenz dem Bund zusteht, als Bundesrecht, und solches Recht, das der ausschließlichen Gesetzgebungsbefugnis der Länder unterliegt, als Landesrecht fortgilt.

---

14) Schröcker, DVBl. 54, 488, 526; Holtkotten, im Bonner Kommentar, Erl. 2 zu Art. 123 Abs. 2 GG. BverfGE. 6, 344;
15) BverfGE. 6, 343/344;

Soweit die Konkordatsbestimmungen ihrem Inhalt nach Gegenstände betreffen, für die auch innerstaatlich die Bundesgesetzgebung zuständig ist, ergeben sich keine Schwierigkeiten. Insoweit bestimmt die Verfassung unmittelbar den Bund als Träger der Rechte und Pflichten. Die Schulbestimmungen des Konkordats betreffen aber eine Materie, für die das Bonner GG. im Gegensatz zur Verfassungsordnung des Deutschen Reiches dem Landesgesetzgeber gemäss Art. 70 ff.GG. die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis zugesteht. Daher wären die Schulbestimmungen innerstaatlich als Landesrecht anzusehen, wenn die in Art. 124 und 125 GG. ausgesprochenen Grundsätze auch auf innerstaatliches Recht aus völkerrechtlichen Verträgen Anwendung finden können. Das wird von Peters [16] mit der Begründung verneint, dass für die Frage, ob früheres Reichsvertragsrecht in Bundes- oder Landesrecht übergeleitet werde, in Art. 124 Abs. 2 GG. eine lex specialis aufgestellt sei, die eine Anwendung der in Art. 124 und 125 GG. aufgestellten Grundsätze für Vertragsrecht ausschließe. Reichsvertragsrecht ist nach Ansicht von Peters zu Bundesrecht geworden.[17] Zu demselben Ergebnis kommt auch Maunz [18], der daraus, daß der Verfassungsgeber des GG. die völkerrechtliche Bindung an das Konkordat durch innerstaatliche Maßnahmen gar nicht ändern oder aufheben konnte, den Schluß zieht, daß er auch innerstattlich die in völkerrechtlichen Verträgen geregelten Gegenstände nicht in den Bereich der Art. 124, 125 GG. einbeziehen wollte und dies auch gar nicht hätte können.

Es ist zwar richtig, daß durch interne Maßnahmen des staatlichen Partners seine völkerrechtliche Bindung nicht beseitigt werden kann. Es entspricht einem anerkannten Grundsatz des Völkerrechts, daß der Partner eines völkerrechtlichen Vertrages inner-

---

16) VDStRL Heft 11 S. 195, 199 ff.; Gutachten, Konkordatsprozeß S. 654;
17) so auch Becker, Rechtsproblematik S. 79;
18) Maunz, Gutachten vom 4. 6. 1955, Konkordatsprozeß S. 776 ff.

staatliche Kompetenzänderungen seinem Vertragsgegner nicht entgegenhalten kann, um sich auf diese Weise seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen zu entziehen.[19]

Bei einer Zuständigkeitsverlagerung handelt es sich jedoch um eine staatsinterne Angelegenheit, die von den Verpflichtungen des Staates nach aussen aus völkerrechtlichen Verträgen unabhängig ist. Daher folgt aus der Unzulässigkeit, innerstaatliche Kompetenzänderungen einem Vertragspartner entgegenzuhalten, nicht, daß der Verfassungsgeber die Kompetenzverteilung der Gegenstände, über die in völkerrechtlichen Verträgen Regelungen getroffen worden sind, nicht hätte ändern wollen oder können. Da sich innerstaatliches Recht aus Staatsverträgen von dem sonstigen innerstaatlichen Rechtsbestand nur in der Herkunft unterscheidet, ist kein hinreichender Grund ersichtlich, weshalb die Grundsätze über das Weitergelten alten Rechts als Bundes- oder Landesrecht nicht auch auf innerstaatliches Recht aus Staatsverträgen anwendbar sein sollten. Weder aus dem Wortlaut des Art. 123 Abs. 2 GG. noch aus den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates ist zu entnehmen, daß in dieser Beziehung in Art. 123 Abs. 2 GG. eine Ausnahmeregelung zu Art. 124 u. 125 GG. getroffen werden sollte. Daher gelten die Schulbestimmungen des Reichskonkordats gemäss Art. 123 Abs. 2, 124, 70 ff GG. als Landesrecht fort.[20]

---

19) Scheuner, Gutachten Konkordatsprozess, S. 705; Mosler, Festg. für Thoma, S. 169 f; Verdross, 1. Gutachten, Konkordatsprozess, S. 718; Maunz, Gutachten Konkordatsprozess, S. 778; Becker, Rechtsproblematik, S. 48/49; Schröcker, DVBl. 54, 487; vgl. auch Teil A Anm. 93 (S. 25); Kaiser, ZaöR V. 18, 537;

20) Schröcker, DVBl. 54, 526; Holtkotten im Bonner Kommentar, Erl. 3 zu Art. 123 Abs. 2 GG; Niedersächs. Landesreg. bei Fischer, S. 62; Thieme, S. 7/19/20; Wolff, DRZ. 50, 1; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozess, S. 849; Schätzel, Gutachten Konkordatsprozess, S. 1106; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozess, S. 710; BverfGE. 6, 343.

III. Die Bindungskraft des Art. 123 Abs. 2 GG.

1. Besondere Bindungskraft als "Vertragsgesetz".

Altes Recht, das nach Art. 70 ff., 124 GG. Landesrecht geworden ist, steht grundsätzlich zur freien Disposition des Landesgesetzgebers. Es erhebt sich die Frage, ob dieser Grundsatz auch für solches Recht gilt, das aus einem völkerrechtlichen Vertrage stammt und durch die Kompetenzverteilung der neuen Verfassung seinem Gegenstand nach der Landesgesetzgebung zugewiesen worden ist, wie es hinsichtlich der Schulbestimmungen des Reichskonkordats geschehen ist. Aus der Besonderheit der Herkunft solchen Rechts aus einem völkerrechtlichen Vertrage könnte sich ergeben, daß diese Rechtsnormen innerstaatlich zwar der neuen Kompetenzordnung unterstellt werden, der nunmehr zuständige Gesetzgeber jedoch in der Abänderung dieses Rechts stärker beschränkt ist, als es bei rein innerstaatlichen Gesetzen der Fall ist, die nach der neuen Verfassungsordnung in seine Kompetenz übergegangen sind.
So sieht Schröcker [21] in Art. 123 Abs. 2 GG. den Ausspruch einer derartigen Bindung der Landesgesetzgebung. Nach Schröcker ist Art. 123 Abs. 2 GG. als lex specialis für innerstaatlich als Landesrecht fortgeltendes Recht aus völkerrechtlichen Verträgen, sogenannten "Vertragsgesetzen", [22] anzusehen. Da ein Vertragsgesetz einen Vertrag zum Gesetz erhebe, sei es vom rechtlichen Schicksal des Vertrages abhängig. Ein Vertragsgesetz könne daher nicht durch ein blosses innerstaatliches Gesetz aufgehoben werden. [23] Solange der Vertrag besteht, könne zwar der Gesetzgeber ein Gesetz erlassen, das dem Inhalt des Vertragsgesetzes widerspricht, doch fehle diesem Gesetz die Kraft, Bestimmungen des Vertragsgesetzes abzuändern, obwohl

---

21) DVBl. 54, 469;
22) Schröcker, DVBl. 54,489; Hatschek-Kurtzig, S.572;
23) Hatscheck-Kurtzig, S. 578 ff.;

es sich um ein jüngeres Gesetz handele. Nach dieser Ansicht besitzen alle innerstaatlichen Normen aus Staatsverträgen eine besondere Gesetzeskraft,[24] die Art. 123 Abs. 2 GG. dem Recht aus Staatsverträgen des Deutschen Reiches bewahren will. Trotz der Überleitung in Landesrecht bewahre also Reichsvertragsrecht seine besondere Gesetzeskraft. Reichsvertragsrecht, das zu Landesvertragsrecht geworden sei, wie die Schulbestimmungen des Reichskonkordats, habe daher Vorrang auch vor widersprechenden jüngeren Landesgesetzen, bis es durch einen neuen Staatsvertrag aufgehoben werde. Art. 123 Abs. 2 GG. habe daher den Sinn, die Vertragsgesetzeskraft für Recht aus Staatsverträgen, das seinem Gegenstand nach gemäss der neuen Verfassungsordnung der ausschließlichen Gesetzgebungshoheit der Länder unterstellt worden sei, vor dem Zugriff der Landesgesetzgebung zu schützen.[25] Für diese Auslegung des Art. 123 gibt jedoch der Wortlaut dieser Vorschrift, der nicht von "Vertragsgesetzen", sondern von Staatsverträgen spricht, keine Anhaltspunkte. Schröcker räumt selbst ein, daß die schwerfällige Ausdrucksweise des Gesetzgebers in Art. 123 Abs. 2 GG. diesen Sinn mehr verhülle als offenlege.[26] Wenn aber der Gesetzgeber innerstaatlichem Recht wegen seiner Herkunft aus Staatsverträgen eine so aussergewöhnliche Bindungskraft hätte beilegen wollen, dann kann nicht angenommen werden, daß er diese Absicht in seiner Formulierung "mehr verhüllt als offengelegt" hätte.
Abgesehen von dem juristisch nicht eindeutig geklärten Begriff des Vertragsgesetzes,[27] insbesondere der Ungeklärtheit der Voraussetzungen seiner Entstehung und Aufhebung, ist nicht ersichtlich, weshalb inner-

---

24) so auch Heilborn, AÖR. 12, 141 ff.;
25) Schröcker, DVBl. 54, 490;
26) DVBl. 54, 490;
27) vgl. BverfGE. 1, 411;

staatlichem Recht aus Staatsverträgen, das in gleicher Weise und in derselben Form wie gewöhnliche Gesetze zustandegekommen ist, wegen eines staatsrechtlichen Unterschiedes ein von einem gewöhnlichen Gesetz abweichender Charakter zuerkannt werden soll.[28] Der Unterschied zwischen innerstaatlichem Recht aus Staatsverträgen und gewöhnlichen Gesetzen liegt allein darin, daß dem transformierten innerstaatlichen Recht aufgrund völkerrechtlichen Vertrages ein gleicher Rechtszustand auf der zwischenstaatlichen, völkerrechtlichen Ebene entspricht, was bei Gesetzen in der Regel nicht der Fall ist. Der Unterschied berührt also nur die zwischenstaatliche Rechtssphäre, während innerstaatlich allein das Transformationsgesetz maßgeblich ist, das innerstaatlich sich von allgemeinen Gesetzen nicht unterscheidet und damit jederzeit aufhebbar ist.[29] Nur die allgemeinen Regeln des Völkerrechts erzeugen nach Art. 25 GG. unmittelbar innerstaatliche Rechte und Pflichten. Aus dieser Bestimmung folgt als Umkehrschluß, daß völkerrechtliche Verträge - soweit sie nicht allgemeine Regeln des Völkerrechts zum Inhalt haben - nicht unmittelbare innerstaatliche Wirkungen erzeugen. Andernfalls wäre eine Transformation auch überflüssig. Es kann daher nicht angenommen werden, daß der Verfassungsgesetzgeber in Art. 123 Abs. 2 GG. den nach der neuen Verfassungsordnung in die Kompetenz der Länder gefallenen fortgeltenden Rechtsnormen aus Staatsverträgen des Deutschen Reiches den juristisch strittigen Charakter von Vertragsgesetzen mit aussergewöhnlicher innerstaatlicher Bindungskraft sichern wollte.[30] Gegen eine solche Annahme spricht auch die Stellung des Art. 123 Abs. 2 GG. in seinem systematischen Zusammenhang zu den Art. 123, Abs. 1, 124, 125 GG. Diese Artikel ordnen an, daß der Rechtsbestand, wie ihn die neue Verfassungsordnung angetroffen hat, je nach der neuen Verteilung der Zuständigkeiten als Bundesrecht oder Landesrecht fortgelten soll, ohne diesem Recht eine

---

28) Das behaupten Schröcker, DVBl. 54, 490; Heilborn, AÖR. 12. 141 ff.; dagegen: Meyer-Anschütz, S. 815 ff; Becker DVBl. 55, 108, Rechtsproblematik, S. 74; BverfGE. 6, 344;
29) Becker, DVBl. 55, 108;
30) Becker, DVBl. 55, 108; BverfGE. 6, 344.

stärkere Geltungskraft zuzuweisen, als Bundes- oder Landesrecht entfalten. Die Einordnung des Art. 123 Abs. 2 GG. in diese Bestimmungen legt den Schluß nahe, daß auch Art. 123 Abs. 2 GG. nur das Fortgelten des innerstaatlichen Rechts aus Verträgen des Deutschen Reiches bestimmt, ohne eine besondere Geltungskraft dieses Rechts festzulegen.[31)]

Auch aus der Entstehungsgeschichte des Art. 123 Abs. 2 GG., vor allem aus den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates, ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Annahme, daß Art. 123 Abs. 2 GG. eine besondere Bindungskraft für Vertragsrecht statuieren wollte.[32)]

Die Annahme einer verfassungsrechtlichen Bindung des Landesgesetzgebers durch Art. 123 Abs. 2 GG. wegen einer besonderen Geltungskraft von "Vertragsgesetzen" ist daher abzulehnen.[33)]

2. Die Bindungskraft des Passus: Staatsverträge bleiben in Kraft.

Eine Bindung des Landesgesetzgebers in der Disposition über die Schulbestimmungen des Reichskonkordats könnte sich aus der Formulierung des Art. 123 Abs. 2 GG. "Staatsverträge bleiben in Kraft" ergeben. So wird die Ansicht vertreten,[34)] daß durch die Formulierung eine Garantie der Staatsverträge des Deutschen Reiches zum Ausdruck gebracht worden sei, wodurch dem Landesgesetzgeber die Disposition auch über solche Gegenstände entzogen wird, für die ihm die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zusteht, soweit es sich um innerstaatliches Recht aus fortgeltenden völkerrechtlichen Verträgen handelt. Diese Bindung soll so lange bestehen, bis die Verpflichtungen des Bundes aus den Staatsverträgen nach den Regeln des Völkerrechts geändert oder aufgehoben werden. Wenn

---

31) so im Ergebnis auch Scheuner, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 701;
32) HA.Sten.Ber.S. 255-260 u. 489-491, 599-601; JÖR, Band 1 NF. S. 840-842 und S. 899-907.
33) BverfGE. 6, 344;
34) so Weber u. Peters, "Gegenwartslage" S. 156, 196; Groppe, S. 80; Kaiser, ZaöRV. 18, 550, 551;

die Länder auch den Verträgen widersprechendes Recht mit innerstaatlicher Wirksamkeit setzen könnten, würden sie damit eine verfassungsmässige Pflicht gegenüber dem Bund verletzen; sie dürften es daher nicht. Daraus ergebe sich die Verpflichtung gegenüber dem Bund, vertragswidriges Recht wieder aufzuheben. Art. 123 Abs. 2 GG. kann als Bestimmung einer Verfassung, deren Geltungsbereich sich allein auf das Gebiet der Bundesrepublik beschränkt, wirksame Regelungen nur innerhalb dieses Staatsgebietes treffen. Wenn daher Art. 123 Abs. 2 GG. bestimmt, daß Staatsverträge in Kraft bleiben, so kann damit nicht die völkerrechtliche Weitergeltung, sondern nur das Fortbestehen innerstaatlichen Rechts aus Staatsverträgen gemeint sein. Ein Weitergelten innerstaatlichen Vertragsrechts bedeutet aber noch nicht eine Bindung des Landesgesetzgebers kraft Verfassungsrechts. Über die Anordnung des blossen Inkraftbleibens des innerstaatlichen Vertragsrechts hinaus hat das Bonner GG. jedoch nichts angeordnet. Es ist daher dem Bundesverfassungsgericht [35] zuzustimmen, daß allein aus der Formulierung in Art. 123 Abs. 2 GG., "Staatsverträge bleiben in Kraft", eine Bindung des Landesgesetzgebers an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats nicht entnommen werden kann.

3. Die Bindungskraft unter der Einschränkung "wenn sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gültig sind und fortgelten."

Eine Bindung der Landesgesetzgebung könnte in der Bestimmung des Art. 123 Abs. 2 GG. gesehen werden, daß Staatsverträge des Deutschen Reiches innerstaatlich für den Fall in Kraft bleiben und nicht aufgehoben werden dürfen, "wenn sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gültig sind und fortgelten". Wenn Staatsverträge nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen völkerrechtlich hinfällig sind, gilt dasselbe auch für das innerstaatliche Recht, das auf diesen Staatsverträgen

---

35) BverfGE. 6, 350; so auch Bayer, S. 37;

beruht. Eine Bestimmung, daß nur die Verträge innerstaatlich fortgelten sollen, die auch völkerrechtlich gültig sind, wäre daher überflüssig. Diese Formulierung wird erst verständlich, wenn man die Entstehungsgeschichte des Art. 123 Abs. 2 GG. berücksichtigt. aus der hervorgeht, daß dieser Artikel in erster Linie auf das Reichskonkordat bezogen war.[36] Dem Grundgesetzgeber erschien es damals sehr zweifelhaft, ob die Staatsverträge aus der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft, wie vor allem das Reichskonkordat, beim Inkrafttreten der neuen Verfassung noch gültig waren, wenn sie überhaupt rechtsgültig zustande gekommen waren. Allein unter dem Gesichtspunkt dieses Zweifels erhält die Bestimmung in Art. 123 Abs. 2 GG. einen Sinn. Das innerstaatliche Fortgelten des Reichskonkordats sollte damit nicht bejaht, aber auch nicht abgelehnt werden, es sollte noch offenbleiben. So ist auch der Vorbehalt zu verstehen, daß die Beteiligten nicht gehindert sein sollen, alle Rechte und Einwendungen gegen den Vertragsinhalt vorzubringen. Wenn der Parlamentarische Rat als Verfassungsgeber schon über das bloße Fortgelten des Reichskonkordats im Zweifel war, so ist es sehr unwahrscheinlich, daß er in Art. 123 Abs. 2 GG. über die Möglichkeit des Fortgeltens des innerstaatlichen Vertragsrechts schlechthin hinaus eine verfassungsrechtliche Bindung der Länder an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats aussprechen wollte und ausgesprochen hat.[37]

Dem Wortlaut des Art. 123 Abs. 2 GG. nach könnte diese Vorschrift so ausgelegt werden, daß in ihr ein Maßstab aufgestellt worden ist, nach dem später entschieden werden sollte, ob das Reichskonkordat noch in Kraft ist und für den Fall, daß die völkerrechtliche Gültigkeit des Vertragswerke zu bejahen ist, auch eine Bindung des Landesgesetzgebers in der Disposition über dieses Recht bestehen soll.[38]

---

36) HA.Sten. Ber. S. 259 f.;
37) BverfGE. 6, 351;
38) so Becker, DVBl. 55, 110; Maunz, Gutachten, Konkordatsprozeß, S. 787;

Dagegen hat das Bundesverfassungsgericht[39] darauf hingewiesen, daß auch bei Bestehen eines Verfassungsgerichts es ungewiss ist, ob und wann es angerufen wird. Dazu kommt noch, daß das Gericht nur unter bestimmten Voraussetzungen und bestimmten Verfahrensarten eine Entscheidung fällen kann. Es wäre daher, wie das Bundesverfassungsgericht ausführt, sehr unbestimmt, ob und wann eine Entscheidung ergehen könnte. Eine verfassungsrechtliche Bindung des Landesgesetzgebers in seinem ausschließlichen Zuständigkeitsbereich an Recht, dessen staatsrechtliche Geltung dem Verfassungsgeber selbst zweifelhaft erschien, würde daher zu einer Rechtsunsicherheit auf unbestimmte Zeit führen. Ein solcher Zustand der Unsicherheit über die Grenzen der Gesetzgebungsbefugnis wäre aber mit den Grundsätzen eines Rechtsstaates nicht vereinbar. Daher kann aus diesem Wortlaut lediglich entnommen werden, daß bei einem völkerrechtlichen Fortgelten des Reichskonkordats -was dem Verfassungsgesetzgeber zweifelhaft schien- folgerichtig auch das innerstaatliche Fortgelten dieses Rechts schlechthin zum Ausdruck gebracht werden sollte, nicht aber darüber hinaus der Ausspruch einer Bindung der Landesgesetzgebung.[40]

4. Die Dauer der Geltung der Staatsverträge.

Eine verfassungsrechtliche Bindung der Landesgesetzgebung könnte aus dem Wortlaut des Art. 123 Abs.2 GG. hergeleitet werden, daß Staatsverträge des Deutschen Reiches in Kraft bleiben,"bis neue Staatsverträge durch die nach diesem Grundgesetz zuständigen Stellen abgeschlossen werden, oder ihre Beendigung aufgrund der in ihnen enthaltenen Bestimmungen anderweitig erfolgt". Dann würden die Länder die ihnen gegenüber dem Bund bestehende Verpflichtung aus Art. 123 Abs. 2 GG., die Schulbestimmungen des Reichskonkordats zu beachten, verletzen, wenn sie innerstaatlich widersprechendes Recht setzten, solange sie nicht als neue Träger der Zuständigkeit auf dem Ge-

---

39) BverfGE. 6, 352;
40) BverfGE. 6, 352; Bayer, S. 37;

biete des Schulwesens mit dem Heiligen Stuhl eine Neuregelung des Schulrechts vereinbart hätten. Derartige neue Vereinbarungen auf völkerrechtlicher Ebene zwischen den Ländern und dem Heiligen Stuhl sind nicht erfolgt. Auch eine Kündigungsmöglichkeit bezüglich der im Reichskonkordat getroffenen Schulrechtsregelung ist im Reichskonkordat nicht vorgesehen. Da dem Bundesgesetzgeber auf diesem Gebiete die Zuständigkeit fehlt, könnte auch er innerstaatlich kein Recht in diesem Bereiche des Schulwesens setzen.

Da eine Abänderung oder Aufhebung von Pflichten aus einem völkerrechtlichen Vertrage nur durch den Vertragspartner in rechtswirksamer Weise erfolgen kann, wäre eine Beseitigung der völkerrechtlichen Bindung an die Bestimmungen des Reichskonkordats nur durch den Bund als Vertragspartner der katholischen Kirche möglich. Da allein der Bundesstaat aufgrund staatsrechtlicher Identität mit dem Deutschen Reich dessen Rechtsperson fortsetzt, wäre allein ihm die Entscheidung darüber in die Hand gelegt, ob er Beschränkungen des Landesgesetzgebers auf Gebieten, die zu dessen ausschließlicher Gesetzgebungskpmpetenz gehören, aufhebt oder fortbestehen läßt.[41)]

a) Diese Auslegung des Art. 123 Abs. 2 GG. liegt dem blossen Wortlaut dieser Vorschrift nach sehr nahe. Bei der Auslegung des Art. 123 Abs. 2 GG. im Hinblick auf eine Bindung der Landesgesetzgebung kann aber der Wortlaut dieser Bestimmung nicht isoliert betrachtet werden, sondern es sind noch andere Gesichtspunkte zu beachten, aus denen sich Anhaltspunkte ergeben, um Sinn und Tragweite dieser Vorschrift klarzulegen. Dafür kommt wiederum zunächst die Entstehungsgeschichte des Art. 123 Abs. 2 GG. in Betracht. Die Frage nach dem rechtlichen Schicksal der Staatsverträge des Deutschen Reiches wurde im Parlamentarischen Rat aufgeworfen, als die Bindung des neuen Staates an das

---

41) Maunz, Gutachten Konkordatsprozess, S. 782.

unter der Herrschaft des Nationalsozialismus abgeschlossene Reichskonkordat zur Debatte stand.[42]
Ein Teil der Politiker forderte eine Anordnung im Grundgesetz, daß die mit der Kirche bestehenden Staatsverträge bis zum Abschluss neuer Verträge durch die Länder in Kraft bleiben sollten.[43] Dieser Antrag wurde abgelehnt.
Auch ein weiterer Antrag, der die verfassungsmässige Anerkennung des Reichskonkordats zum Ziele hatte, wurde vom Hauptausschuss des Parlamentarischen Rates abgelehnt.[44]
Nach langwierigen Verhandlungen zwischen den verschiedenen politischen Kräften im Parlamentarischen Rat, von denen eine Richtung die ausdrückliche Anerkennung des Reichskonkordats im Grundgesetz forderte, die andere Seite dagegen diese Forderung entschieden zurückwies,[45] einigte man sich schliesslich auf einen Kompromiss in Gestalt einer allgemeinen Formulierung, ohne speziell für das Reichskonkordat eine besondere Entscheidung zu treffen.[46] Schließlich wurde eine Bestimmung in die Verfassung aufgenommen, die das Inkraftbleiben der Verträge der Länder mit den Kirchen anordnete.[47] In der dritten Lesung im Hauptausschuss fiel auch diese Bestimmung fort, weil es nicht als Sache des Bundes angesehen wurde, die Fortgeltung der Landeskonkordate festzulegen.[48]
Die Weitergeltung des Reichskonkordats wurde nicht mehr gesondert geregelt, sondern der allgemeinen Vor-

---

42) HA. Stenografischer Bericht S. 259 f.;
43) Ziff. 7 des Antrages vom 29.11.1948 (Drucks. Nr. 321);
44) im einzelnen HA. Stenografischer Bericht, S. 255 bis 261;
45) vgl. JÖR. Bd. 1 NF. S. 841 ff; 899 ff; Holtkotten im Bonner Kommentar, Erl. 1b zu Art. 123 GG.;
46) vgl. schriftl. Bericht des Berichterstatters zu Abschn. XI des GG., Dr. v. Brentano;
47) HA. Stenografischer Bericht, S. 260;
48) HA. Stenografischer Bericht, S. 682;

schrift über das Fortgelten von Staatsverträgen des Deutschen Reiches in Art. 123 Abs. 2 GG. unterstellt. Daher wurde in der endgültigen Fassung des Bonner GG. eine Regelung des Rechtsschicksals des Reichskonkordats lediglich in dem systematischen Zusammenhang des allgemeinen Fortgeltens alten Rechts getroffen und nicht, wie es die abgelehnten Anträge vorgesehen hatten, im Zusammenhang mit der Rechtsstellung der Kirchen nach Art. 140 GG. Außerdem wurden im Gegensatz zu den abgelehnten Anträgen Vorbehalte hinzugefügt.[49]
Im Parlamentarischen Rat bestand die Auffassung, daß das Grundgesetz weder für die völkerrechtliche, noch für die innerstaatliche Weitergeltung des Reichskonkordats eine Entscheidung treffen könne, wie sich aus der Erklärung des Berichterstatters von Brentano ergibt.[50]
Für die Beurteilung der Gültigkeit solcher Verträge sollen die allgemeinen Rechtsgrundsätze maßgebend sein.[51] Mit Recht hebt daher das Bundesverfassungsgericht hervor, daß sich der Inhalt des Art. 123 Abs. 2 GG. und die Ansicht des Parlamentarischen Rates als verfassungsgestaltendes Organ widersprechen würden, wenn in Art. 123 Abs. 2 GG. die Anordnung einer Bindung des Landesgesetzgebers gesehen würde. Wenn daher in Art. 123 Abs. 2 GG. gesagt wird, daß innerstaatliches Recht aus völkerrechtlichen Verträgen nur weitergelten soll, wenn der völkerrechtliche Vertrag selbst gültig ist, so ergibt die Entstehungsgeschichte keinen Anhaltspunkt dafür, daß damit die Anordnung einer Bindung der Landesgesetzgebung ausgesprochen worden ist; darin kommt nur zum Ausdruck, daß innerstaatliches Recht aus Staatsverträgen nicht schon durch die neue Zuständigkeitsregelung in der neuen Verfassung seine Gültigkeit

---

49) HA. Stenografischer Bericht S. 678 f.;
50) vgl. Stenografischer Bericht S. 190;
51) BverfGE. 6, 349;

verliert.[52] Die Entstehungsgeschichte des Art. 123 Abs. 2 GG. spricht also eindeutig gegen die Annahme einer ausdrücklichen Bindung der Landesgesetzgebung an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats.

b) Auch die systematische Stellung des Art. 123 Abs. 2 GG. im Zusammenhang mit dem Art. 123 Abs. 1, 124, 125 GG., die gleichfalls das Fortgelten alten Rechts betreffen, kann für die Auslegung des Inhalts von Art. 123 Abs. 2 GG. nicht unberücksichtigt bleiben.
Die vorerwähnten Vorschriften besagen nur, daß altes Recht durch die neue Verfassungsordnung nicht erloschen ist, sondern je nach Zuständigkeitsregelung in der neuen Verfassung für den betreffenden Inhalt als Bundes- oder als Landesrecht fortgilt. Eine Beschränkung des neuen Gesetzgebers in der Disposition über dieses Recht ist nicht ausgesprochen worden.
Die Tatsache, daß Art. 123 Abs. 2 GG. den vorgenannten Bestimmungen eingeordnet ist, spricht dafür, daß auch der gemäss Art. 123 Abs. 2 GG. fortgeltende Rechtsbestand keinen stärkeren Bindungen unterliegen soll, als seinem Charakter als Landesrecht zukommt.[53]
Ein weiterer Anhaltspunkt für die Auslegung des Art. 123 Abs. 2 GG. kann sich auch aus seiner räumlichen und sachlichen Beziehung zu Art. 123 Abs. 1 GG. ergeben.

c) Nach Art. 123 Abs. 1 GG. gilt altes Recht fort, soweit es nicht der neuen Verfassung widerspricht. Soweit innerstaatliches Recht aus völkerrechtlichen Verträgen sich inhaltlich auf Gegenstände der Gesetzgebungskompetenz des Bundes bezieht, reicht diese Vorschrift aus. Wenn Reichsverträge aber Regelungen über Gegenstände getroffen haben, für die das Bonner GG. die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung ausgesprochen hat, so könnte zweifelhaft sein, ob die vertraglichen Regelungen durch die Kompetenzänderung nicht in ihrer Gültigkeit berührt worden sind. Danach regelt Art. 123

---

52) so BverfGE. 6, 349; Holtkotten, Erl. 3 zu Art. 123, II GG.;
53) BverfGE. 6, 344 ;

Abs. 2 GG. nur einen besonderen Anwendungsfall der allgemeinen Vorschrift in Art. 123 1 GG. Der Absatz 2 des Art. 123 GG. soll daher bloß den Zweifel darüber ausräumen, ob Recht aus Staatsverträgen des Deutschen Reiches trotz der Kompetenzänderung durch die neue Verfassungsordnung nicht erloschen ist.[54] Daher spricht auch diese Art der Auslegung des Art. 123 Abs. 1 GG. gegen die Annahme einer Bindung des Landesgesetzgebers durch Art. 123 Abs. 2 GG.

d) Für die Frage, ob Art. 123 Abs. 2 GG. eine Bindung des Landesgesetzgebers an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats und damit eine verfassungsmässige Pflicht der Länder gegenüber dem Bund als Vertragspartner des Heiligen Stuhls ausspricht, die Schulartikel bei der Schulgesetzgebung zu beachten, ist der Gestaltung des Verhältnisses zwischen Bund und Ländern durch die Verfassung erhebliches Gewicht beizumessen. Die Bedeutung der neuen Verfassungsordnung für Vertragsrecht aus einer früheren Verfassungsperiode kommt durch die Anordnung in Art. 123 Abs. 2 GG. selbst in Verbindung mit Art. 123 Abs. 1 GG. zum Ausdruck, daß der Inhalt des Vertragsrechts innerstaatlich nur insoweit fortgelten soll, als er dem Grundgesetze nicht widerspricht. Daraus ergibt sich, daß auch das Vertragsrecht der neuen Verfassungsordnung untergeordnet ist. Das macht deutlich, daß der Kompetenzverteilung nach der neuen Verfassung zwischen Bund und Ländern für die Auslegung des Art. 123 Abs. 2 GG. im Hinblick auf eine Bindung der Landesgesetzgebung an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats erhebliche Bedeutung zukommt.
Das Bonner Grundgesetz hat in Art. 30, 70 ff. GG. festgelegt, daß auf dem Gebiete des Schulwesens den Ländern die ausschließliche Zuständigkeit garantiert sein soll. Wenn die Landesgesetzgebung aber durch Art. 123 Abs. 2 GG. in der Disposition über die

---

54) Holtkotten, im Bonner Kommentar Erl. 3 zu Art. 123 II GG.; BverfGE. 6,349;

Schulbestimmungen gehindert sein sollte, dann würde eine solche Beschränkung im Widerspruch zu der im Bonner GG. in Art. 30, 70 ff. GG. getroffenen Grundentscheidung der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder in Schulangelegenheiten stehen. Dadurch würde die vom Grundgesetz gewollte und festgelegte ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Länder auf dem Gebiete des Schulwesens auf unbestimmte Zeit ausgeschlossen.[55]

Dagegen ist eingewandt worden, daß es sich bei der Beschränkung der Länder in ihrer Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiete des Schulrechts nur um eine Übergangsregelung, nämlich bis zum Abschluß neuer Konkordate durch die nunmehr zuständigen Länder, handelt.[56]

Da aber die Verfassung auf dem Gebiete des Schulrechts ausschließlich die Länder für zuständig erklärt hat, muß die Beschränkung dieser in Art. 30, 70 ff. GG. gewährten Kompetenz selbst für eine Übergangszeit als nicht dem in Art. 30, 70 ff. GG. erklärten Willen des Verfassungsgebers entsprechend abgelehnt werden.[57]

5. Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.

a) Innerstaatliche Auswirkungen des Art. 25 GG.

Für die Auslegung des Art. 123 Abs. 2 GG. darf andererseits die in Art. 25 GG. ausgesprochene Völkerrechtsfreundlichkeit des Bonner GG. nicht übersehen werden.

So wird die Ansicht vertreten,[58] daß die in Art. 25 GG.

---

55) vgl. BverfGE. 6, 352;
56) Süsterhenn - Schäfer S. 190; Becker, Rechtsproblematik, S. 71; NJW. 57, 697;
57) BverfGE. 6, 353;
58) vor allem Becker, Rechtsproblematik, S. 61 ff.; DVBl. 55, 106; NJW. 57, 695; Grewe, VDStRL. Heft 12, 148; DaG. S. 176; Maunz, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 782; Mörsdorf, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 830; Kaiser, ZaöRV. 18, 553.

zum Ausdruck gebrachte Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung die Auslegung des Art. 123 Abs. 2 GG. in der Weise verlangt, daß in ihm mit Rücksicht auf die völkerrechtliche Bindung des Bundes an das Reichskonkordat eine Beschränkung der Landesgesetzgebung in der Disposition über die Schulbestimmungen trotz ausschließlicher Gesetzgebungshoheit der Länder für dieses Rechtsgebietausgesprochen ist. Art. 25 GG. räumt den "allgemeinen Regeln des Völkerrechts" ohne Transformation innerstaatliche Geltung mit Vorrang vor den Gesetzen - nach dem Bundesverfassungsgericht[59] jedoch nicht vor dem Verfassungsrecht - ein, und bindet nicht nur den einzelnen, sondern auch alle zur Rechtssetzung und Rechtsanwendung berufenen staatlichen Organe.[60]

Aus dem Willen der Mitglieder des Parlamentarischen Rates als verfassungsgebendem Organ, in Art. 25 GG. verfassungsmässig einen Primat des Völkerrechts mit mindestens der Geltungskraft einer Verfassungsnorm festzulegen,[61] wird der Schluß gezogen, daß der Grundsatz der Vertragstreue als eine allgemein anerkannte Grundregel des Völkerrechts [62] auf indirektem Wege auch die innerstaatliche Beachtung und Anwendung von Recht aus einem völkerrechtlichen Vertrage beeinflußt.[63]

Es ist ein anerkannter Grundsatz des Völkerrechts, der wiederum aus dem Grundsatz der Vertragstreue folgt, daß innerstaatliche Verschiebungen, selbst die Umwand-

---

59) BverfGE. 6, 363; a.A.; Menzel im Bonner Kommentar, Erl. 4 zu Art. 25 GG.;
60) Menzel, im Bonner Kommentar, Erl. 4 zu Art. 25 GG. Becker, Rechtsproblematik, S. 62;
61) vgl. JÖR. Bd. 1 NF. 229 bis 235; Stödter, DÖV. 49 266; von Mangoldt, Erl. zu Art. 25 GG.; Menzel im Bonner Kommentar, Erl. 3 u. 4 zu Art. 25 GG.; Bilfinger, Gedächtnis-Schrift f. Jellinek, S. 72; BverfGE. 1, 233; Kaufmann, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 453; Hildegard Krüger, ZBR. 55, 289;
62) Kraus, HBDStR. S. 353; Becker, Rechtsproblematik, S. 61/62; Schlochauer, DRZ. 48, 1 ; Süsterhenn, S. 23; Huber, Verträge, S. 80; Haensel, NJW.53,367;
63) Becker, Rechtsproblematik, S.61; Grewe, VDStRL. Heft 12, S. 149; Maunz, Gutachten, Konkordatsprobeß, S.779; Guggenheim, Vortrag v. 26.6.1955 (Heft 16 der Schriftenreihe der Jurist. Studiengesellschaft Karlsruhe);

lungen eines Einheitsstaats in einen Bundesstaat, die Verpflichtungen aus einem völkerrechtlichen Vertrage nicht berühren.[64] Da Art. 25 GG. die zur Rechtsanwendung und Rechtsetzung berufenen Organe verpflichtet, den Vorrang des Völkerrechts zu beachten, wirkt Art. 25 GG. auch innerstaatlich in der Weise, daß innerstaatliches Recht so zu gestalten und auszulegen ist, daß es bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht widerspricht, da die Vermutung besteht, daß der Gesetzgeber nicht gegen geltendes Völkerrecht verstoßen wollte.[65] Daraus ergibt sich, daß Art. 25 GG. auch die allgemeine Regel des Völkerrechts als Ausfluß des Grundsatzes der Vertragstreue umfasst, daß die Bindungskraft eines völkerrechtlichen Vertrages nicht durch einen innerstaatlichen Gesetzgebungs- oder Verwaltungsakt zum Erlöschen gebracht werden kann. Verpflichtungen des Bundes aus internationalen Verträgen können also in ihrer innerstaatlichen Wirksamkeit nicht beseitigt werden, solange nicht die völkerrechtliche Geltungskraft des Vertrages auf völkerrechtlichem Wege aufgehoben ist.[66]
Daraus zieht Becker [67] die Folgerung, daß auch die Länder als Glieder des Gesamtstaates in ihrem Zuständigkeitsbereich verpflichtet sind, die völkerrechtlichen Pflichten des Bundes zu beachten, da eine Mißachtung dieser Pflichten durch den Landesgesetzgeber den völkerrechtlichen Grundsatz der Vertragstreue verletzten würde. Dieser Grundsatz der Vertragstreue hat also nach Ansicht von Becker über Art. 25 GG. wieder seine Rückwirkung auf das innerstaatliche Verhältnis Bund-Länder

---

64) vor allem Mosler, S. 168; Triepel, Völkerr, S.303; Verdross, S. 307; Guggenheim, Völkerr., S. 275; Rousseau S. 358; Becker, NJW. 57, 695; Rechtsproblematik, S. 60; DVBl. 55, 110; Groppe, S. 62;
65) Spreng-Birn-Feuchte, S. 57; Verdross, S.62; Becker, Rechtsproblematik, S. 62; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 701; Grewe, VDStRL. Heft 12, S. 147 ff.; Verdross, 1. Gutachten Konkordatsprozeß, S. 719;
66) Becker, DVBl. 55, 106; Rechtsproblematik, S. 62; Grewe, DaG.S.176; Maunz, Gutachten Konkordatsprozeß, S.779;
67) Becker, DVBl. 55,110; Rechtsproblematik, S.62; NJW. 57, 695; vgl. auch Maunz, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 778;

und verwehrt den Ländern, sich gegenüber dem Bund auf ihre ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis zu berufen, solange der Bund aus dem völkerrechtlichen Vertrage, der über den nach der Verfassung der Landesgesetzgebung zugewiesenen Gegenstand eine Regelung getroffen hat, verpflichtet ist. Daraus, daß gemäss Art. 32 Abs. 1 GG. die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten Sache des Bundes ist und auch bei den Sachgebieten, auf denen die Länder Verträge mit auswärtigen Staaten schließen können, dem Bund gemäss Art.32 Abs. 3 GG. ein Mitwirkungsrecht eingeräumt ist, wird der Schluß gezogen, daß damit das Grundgesetz zum Ausdruck gebracht hat, daß die Bundesinteressen in auswärtigen Angelegenheiten vor den förderativen Eigenrechten der Länder den Vorrang haben sollen.[68)]

Den Interessen des Bundes würden aber, wie die Vertreter der vorerwähnten Auffassung meinen, die Eigenrechte der Länder vorangestellt, wenn die Länger keine Pflicht zur Beachtung geltender völkerrechtlicher Verpflichtungen des Bundes hätten. Der Bund wäre dann nicht in der Lage, die Erfüllung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen innerstaatlich durchzusetzen. In Art. 25 GG. müsse daher ein Gebot der bundesstaatlichen Verfassung sowie des Rechtsstaatsprinzips, das nach Art. 28 Abs. 1 GG. auch für die Länder gelte, gesehen werden, so daß die Länder verpflichtet seien, die Staatsverträge des Bundes zu respektieren.[69)] Dagegen sei die Stellung der Länder in der Verfassung der Bundesrepublik nur scheinbar stark gesichert, da Art. 79 GG. weder eine Bestandsgarantie für die einzelnen Länder, noch eine Garantie der in Art. 70 ff. GG. getroffenen Kompetenzregelung darstelle.[70)]

In diesem Sinne müsse auch die Vorschrift des Art. 123 Abs. 2 GG. ausgelegt werden. Diese Vorschrift habe den Zweck, die durch die neue Kompetenzverteilung im Bonner GG. entstandene Diskrepanz zwischen völkerrechtlicher Gebundenheit des Bundes als Vertragspartner des Heiligen

---

68) Grewe, DaG.S. 173; Becker, DVBl. 55, 107;
69) Becker, DVBl.55,107; NJW.57,695; Gross,DVBl.57,379;
70) Gross, DVBl. 57, 379;

Stuhls und der innerstaatlichen, ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder in Schul-angelegenheiten für eine Übergangszeit bis zu einem Abschluß neuer Verträge durch die jetzt allein auf dem Gebiete des Schulwesens zuständigen Länder zu überbrücken, da der Bund diese innerstaatliche Kompetenzverschiebung seinem völkerrechtlichen Vertragspartner nicht entgegenhalten könne.[71]

Die Formulierung in Art. 123 Abs. 2 GG. "Staatsverträge bleiben in Kraft, bis ....." sei daher so aufzufassen, daß der in Landesrecht übergegangene gültige Rechtsbestand aus Verträgen des Deutschen Reiches bis zum Abschluß neuer Verträge oder einer Vertragsbeendigung dem Zugriff der jetzt ausschließlich zuständigen Landesgesetzgeber entzogen sein solle, damit dem Bund zur Wahrung der Vertragstreue die Erfüllung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen auch innerstaatlich ermöglicht sei.[72] Die für diese Sachgebiete gemäss Art. 70 ff. GG. ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis der Länder solle sich erst später beim Abschluß neuer Verträge ungehemmt auswirken können. Aus der völkerrechtlichen Bindung der Bundesrepublik an gültiges Vertragsrecht des Deutschen Reiches ziehe Art. 123 Abs. 2 GG. die Konsequenz, indem er den Fortbestand des innerstaatlichen Rechts aus Staatsverträgen des Deutschen Reiches verfassungsrechtlich garantiere, soweit die Verträge gültig sind. Diese Auslegung durchbrecne nicht Grundentscheidungen der Verfassung im Hinblick auf die ausschließliche Gesetzgebungskompetenzverteilung und Autonomie der Länder in ihrem ausschließlichen Zuständigkeitsbereich. Das Grundgesetz habe die Autonomie der Länder auch in ihrer ausschließlichen Zuständigkeit nicht uneingeschränkt gewährleistet.

---

71) Süsterhenn-Schäfer, S. 190; Becker, DVBl.55,109; Maunz, Gutachten Konkordatsprozeß S. 778;
72) Becker, DVBl. 55, 107/108; Rechtsproblematik S. 71; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozeß S. 701; Süsterhenn-Schäfer, S. 190.

Das ergebe sich aus Art. 28 Abs. 1 - 3 GG., Art. 4, Art. 6, Art. 7 und Art. 140 GG. in Verbindung mit Art. 137 WRV.[73] In allen diesen Fällen müsse der Landesgesetzgeber die Gewährleistungen des Grundgesetzes beachten. Der Grundgesetzgeber habe bei seiner Entscheidung freie Hand gehabt und habe daher insbesondere zur Wahrung völkerrechtlicher Verpflichtungen eine von der allgemeinen Zuständigkeitsverteilung des Grundgesetzes abweichende Regelung treffen können, wie es z.B. in Art. 127 und 128 GG. geschehen sei. In Art. 123 Abs. 2 GG. müsse daher der Wille des Gesetzgebers erblickt werden, zur Wahrung und Durchsetzung des materiellen Inhalts der Staatsverträge des Deutschen Reiches angesichts der innerstaatlichen Kompetenzverschiebung eine Sicherung vor dem Zugriff der Landesgesetzgebung zu schaffen.[74]
Die Ableitung einer Bindung des Landesgesetzgebers an innerstaatliches Recht aus völkerrechtlichen Verträgen,

---

73) In Art. 28 Abs. 3 GG. schränkt das Grundgesetz die den Ländern gewährten Kompetenzen dadurch ein, daß dem Bund die Gewährleistung dafür übertragen wird, daß die verfassungsmässige Ordnung der Länder den Grundrechten und den Bestimmungen der Abs. 1 und 2 des Art. 28 GG. entspricht. Das bedeutet einmal, daß die Gewährleistungen der Freiheit des Glaubens, des Gewissens, des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sowie die ungestörte Religionsausübung gemäss Art. 4 des GG., der Freiheit zur Vereinigung zu Religionsgesellschaften gemäss Art. 140 GG. in Verbindung mit Art. 137 WRV., der Überwachung der Pflege und Erziehung der Kinder durch die Eltern gemäss Art. 6 GG. und des Rechtes zur Errichtung von privaten Schulen gemäss Art. 7 GG. auch im Bereiche der Landesgesetzgebung dem Bund übertragen worden sind. Zum anderen hat der Bund zu gewährleisten, daß die verfassungsmässige Ordnung der Länder den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates entspricht und das Volk in den Ländern, Kreisen und Gemeinden eine Vertretung hat, die aus allgemeinen, gleichen und freien Wahlen hervorgegangen ist (Art. 28 Abs. 1 GG.) und daß die Gemeinden und Gemeindeverbände das Recht haben, die Angelegenheiten ihres Aufgabenbereiches im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.

74) Becker, DVBl. 55, 108; Groppe, S. 86 ff.; Süsterhenn-Schäfer, S. 190; Ebers, im Rhein. Merkur v. 13.8.1954; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 701.

speziell an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats wäre Art. 123 Abs. 2 GG. dann zu entnehmen, wenn die Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung, die in Art. 25 GG. ihren Ausdruck gefunden hat, so weit reichte, daß sie auch die in Art. 30, 70 ff.GG. festgelegte ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis der Länder wegen einer völkerrechtlichen Verpflichtung des Bundes verfassungsrechtlich binden würde.
Art. 25 GG. räumt den allgemeinen Regeln des Völkerrechts innerstaatliche Geltung mit Verfassungsrang ein. Zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts gehört auch der Grundsatz "pacta sunt servanda". Der Grundsatz der Vertragstreue richtet sich aber nur gegen den Vertragspartner, ist also mit Blickrichtung auf das völkerrechtliche Beziehungsverhältnis der Vertragsparteien zu verstehen. Da wegen der staatsrechtlichen Identität zwischen der Rechtsperson des Deutschen Reiches und der Bundesrepublik Deutschland als Bundesstaat der Bundesstaat und nicht die in ihm zusammengefassten einzelnen Länder als Vertragspartner des Heiligen Stuhls angesehen werden,[75] betrifft der Grundsatz der Vertragstreue nicht die einzelnen Länder, sondern den sie zusammenfassenden Bundesstaat. Die innerstaatlichen Verhältnisse des Vertragsgegners sind für das völkerrechtliche Außenverhältnis zwischen den Vertragsparteien nur ausnahmsweise von Bedeutung.[76] Der Grundsatz der Vertragstreue erschöpft sich also damit, daß der Vertragspartner von seinem Vertragsgegner die Erfüllung der vertraglichen Pflichten verlangen kann; wie ein Bundesstaat als Vertragsgegner die Verpflichtung im internen Verhältnis zu seinen einzelnen Gliedstaaten durchführt, ist eine rein innerstaatliche Angelegenheit und bestimmt sich ausschließ-

---

75) Peters, DVBl. 52, 752; Becker, DVBl. 55, 110; Scheuner, DVBl. 50, 481; Schultz, MDR. 57, 337; BverfGE. 6, 338/339;
76) vgl. S. 22-27;

lich nach der Verfassung des Bundesstaates. Die geltende Verfassung nach dem Bonner GG. räumt aber nur den allgemeinen Regeln des Völkerrechts innerstaatlich vorrangige Geltungskraft ein. Völkerrechtliches Vertragsrecht stellt dagegen keine allgemeine Regel des Völkerrechts dar, selbst wenn es objektiv Recht setzt, es sei denn, der Vertragsinhalt selbst hat allgemeine Völkerrechtssätze zum Gegenstand.[77)]

Grundsätzlich wird zwar der Partner eines völkerrechtlichen Vertrages gemäss Art. 25 GG. durch den Grundsatz der Vertragstreue als allgemeiner Regel des Völkerrechts verpflichtet sein, innerstaatlich kein entgegenstehendes Recht zu setzen; das trifft aber für die Länder mangels Vertragspartnerschaft mit dem Heiligen Stuhl nicht zu. Daher kann wegen der völkerrechtlichen Verpflichtung des Bundes an das Reichskonkordat aus dem Gesichtspunkt der Vertragstreue gemäss Art. 25 GG. keine verfassungsmässige Bindung der Landesgesetzgebung an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats entnommen werden.

b) Die Bundestreue.

Eine Pflicht der Länder zur Beachtung der Schulbestimmungen des Reichskonkordats könnte sich aus der Gesamtschau der Verfassungsnormen über das Verhältnis zwischen Bund und Ländern ergeben. In diesem Zusammenhang kommt der ungeschriebene Verfassungsgrundsatz der Bundestreue in Betracht. Aus dem Wesen der Bundesre-

---

77) Kraus, Festschrift für Laun, S. 227; Jellinek, Festschrift für Kaufmann, S. 181; v.Mangoldt, Jahrbuch für Int. Recht 54, S.17; Grewe, VDStRL.Heft 12, S. 149; Kaufmann, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 453; BverfGE. 363; a.A. Guggenheim, Heft 16 d.Jur. Stud.-Gemeinschaft Karlsruhe; Becker, Rechtsproblematik, S. 62; Laun, Gutachten Konkordatsprozess, S. 880/881; Wengler, Gutachten Konkordatsprozeß, S.922; Bayer, S. 38;

78) so auch BverfGE. 6, 363; Wengler, Gutachten Konkordatsprozess, S. 926; Bayer, S. 38;

publik als einem Bundesstaat erwachsen für Bund und Länder Rechte und Pflichten. Dazu gehört für den Bund wie für die Länder auch die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten, die für die letztgenannten besagt, daß sie verpflichtet sind, dem Wesen des Bündnisses entsprechend zusammenzuwirken und zur Festigung der wohlverstandenen Belange des Bundes und seiner Glieder beizutragen.[79] Wirkt sich eine gesetzliche Regelung über den Bereich eines Landes aus, so hat der Landesgesetzgeber auch auf die Interessen des Bundes und der übrigen betroffenen Länder Rücksicht zu nehmen; andernfalls verletzt das betreffende Land seine Pflicht zu bundestreuem Verhalten mit der Folge, daß die vom Land ergriffene Maßnahme verfassungswidrig ist.[80] Die Glieder eines Bundesstaates dürfen daher nicht unternehmen, was das Ganze oder einen der Gliedstaaten schädigt. Daraus ergibt sich, daß die Länder auf die Belange des Bundes, vor allem auch auf dem Gebiet der auswärtigen Beziehungen, Rücksicht zu nehmen haben.[81] Zwar werden Konkordate von der Regel der Art. 32 und 59 GG. nicht erfaßt;[82] der Abschluß von Konkordaten ist von der Verfassung der Zuständigkeit der Länder zuge-

---

79) Triepel, Festgabe für Laband, S. 249 ff.; Festgabe für Kahl, S. 73; Reichsaufsicht, S. 377 ff.; Anschütz, HBDStR. S. 369; Komment. z. WRV., Erl. zu Art. 15 WRV. Anm. 2 S. 114; Apelt, S. 166; Becker, DVBl. 55, 107; Maunz, S. 165; Bayer, S. 52, 55; Kaiser, ZaöRV. 18, 545;

80) BverfGE. 4, 140;

81) Triepel, S. 369; Herrfahrdt im Bonner Kommentar, Erl. II, I zu Art. 84 GG.; Holtkotten im Bonner Kommentar, Erl. 3a zu Art. 123 Abs. 2 GG.; Geiger, S. 219; Becker, DVBl. 55/107; Schröcker, DVBl. 54, 488;

82) v. Mangoldt-Klein, Erl. 3 zu Art. 49 GG.; Menzel, Bonner Kommentar, Erl. II, 8 zu Art. 32 GG.; Menzel, VDStRL. Heft 12 S. 2o5 ff.; Grewe, VDStRL.; Heft 12, S. 165, 265, JÖR.NF. Bd. 1, S. 416; Haas, AÖR. Bd. 78 NF.S. 382; BverfGE. 6, 362; a.A. Mosler, Festschrift für Bilfinger, S. 266; Maunz, S. 294; Schätzel, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 1117; Giese, GG. Art. 32 Anm. 1;

wiesen, so daß sie insoweit selbst auswärtige Belange wahrnehmen können. Auch hat Art. 7 GG. den Rahmen gezogen, in welchem Maße die Länder gegenüber dem Bund verfassungsmässigen Beschränkungen in der bekenntnismässigen Gestaltung des Schulrechts unterworfen sind. Auf der anderen Seite muß aber auch der Gesichtspunkt des ungeschriebenen Verfassungsgrundsatzes der Verpflichtung der Länder zur Bundestreue beachtet werden, der den Ländern verbietet, dem Bund die Erfüllung eines völkerrechtlichen Vertrages, also auch des Konkordats, unmöglich zu machen. [83] Dabei kann sich völkerrechtlich ein Gesamtstaat nicht darauf berufen, daß ihm die Erfüllung seiner Vertragspflichten durch einen Übergang der Zuständigkeit auf die Gliedstaaten aufgrund einer Verfassungsänderung nicht möglich sei. [84] Ein völkerrechtlicher Vertragsbruch wäre also die Folge, wollte man den Ländern aufgrund ihrer ausschließlichen Kompetenz auf dem Gebiete des Schulwesens das Recht einräumen, ohne Einschränkung Gesetze zu schaffen, die den Schulbestimmungen des Reichskonkordats widersprechen. Aus diesem Grunde muß die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts [85] abgelehnt werden, daß sich aus dem Gesichtspunkt der Bundestreue keine Beschränkungen ergeben und daher für die Länder gegenüber dem Bund verfassungsrechtlich keine Pflicht bestehe, auf dem Gebiete ihrer ausschließlichen Gesetzgebungshoheit die sachlichen

---

83) Becker, Rechtsproblematik, S. 59 ff., insb. S. 64; Anschütz, Kommentar zur Reichsverfassung, 3. Aufl. S. 111; Krüger, Völkerrecht im Bundesstaat, S. 240; Schröcker, DVBl. 54,488; Holtkotten, Bonner Kommentar, Erl. 3 b zu Art. 123 Abs. 2 GG.; Peters, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 669; Maunz, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 782; a.A. BverfGE. 6, 362; Schätzel, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 1118; Kaiser, ZaöRV., 18,545, 546; Bayer, S. 108; Born, S. 128,129;

84) Becker, Rechtsproblematik, S. 49; Schröcker, DVBl. 54, 487; Guggenheim, S. 512 ff.; Triepel, S. 360 bis 371; Scheuner, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 705; Ross, S. 97 u. 247; Verdross, S. 296; Oppenheim-Lauterpacht, S. 323 ff.; Klein, Die mittelbare Haftung (1941), S. 165 ff.; Mosler, S. 169 für Festgabe für Thoma; Kaiser, ZaöRV. 18,537; Verdross, S. 296; Ross, S. 97 u. 247; Oppenheim-Lauterpacht, S. 323 ff.; Verdross, 1. Gutachten Konkordatsprozeß, S. 719;

85) BverfGE. 6, 362;

Interessen des Bundes über die nach der Verfassung gezogenen Schranken hinaus zu berücksichtigen. Diese Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist mit Recht als formalistische Überbewertung der "innerstaatlichen Autonomie der Länder" [86] gegenüber der völkerrechtlichen Bindung des Bundes und als praktisch unbefriedigend kritisiert worden. [87] Es ist dem Bundesverfassungsgericht zuzugeben, daß bei der Frage, in welchem Maße die Länder in der bekenntnismässigen Gestaltung des Schulrechts eingeschränkt sind, von Art. 7 des Grundgesetzes auszugehen ist. Die spezielle Ausgestaltung dieser Vorschrift läßt formaljuristisch den Schluß zu, daß die Verfassung in Art. 7 GG. die größtmögliche verfassungsrechtliche Beschränkung der auf diesem Gebiet ausschließlich zuständigen Landesgesetzgebung bei der bekenntnismässigen Gestaltung des Schulrechts ausgesprochen hat. Dieser Schluß findet eine Stütze in Art. 141 GG. Im Widerspruch zu Art. 21 des Reichskonkordats stellt Art. 141 GG. die Länder, in denen der Religionsunterricht am 1. Januar 1949 nicht ordentliches Lehrfach war, von der in Art. 7 GG. aufgeführten Verpflichtung frei, den Religionsunterricht in öffentlichen Schulen als ordentliches Lehrfach zu erteilen. Diese Bestimmung unterstreicht die Tendenz, den Landesgesetzgeber bei der bekenntnismässigen Gestaltung des Schulrechts möglichst frei zu stellen, durch Art. 141 GG. sogar freier, als nach Art. 7 GG. grundsätzlich vorgesehen. Diese Tendenz der Mehrheit des Parlamentarischen Rates als der verfassungsgebenden Körperschaft geht daraus hervor, daß Anträge, die eine Regelung entsprechend Art. 21 und 23 Reichskonkordat auch für die öffentliche Schule vorsahen, von der Mehrheit abgelehnt wurden. [88] Schließlich darf nicht übersehen werden, daß bei der Schaffung der neuen Verfassungsordnung die Bildung der Länder dem Neuaufbau der deutschen gesamtstaatlichen Organisation vorausgegangen war. Daher stellten die Länder bereits ein starkes politisches Gewicht dar, zumal gemäss Art. 144 GG. das Inkrafttreten

---

86) Schultz, MDR. 57, 337;
87) Schultz, MDR. 57, 337; Giese u.v.d.Heydte, DÖV.58, 590; Gross, DVBl.57, 379/380; Becker, NJW. 57,695;
88) JÖR. NF. Bd. 1 S. 101 ff;

der Verfassung nach dem Bonner GG. von der Zustimmung einer 2/3-Mehrheit der deutschen Länder abhängig gemacht werden. Bei diesen verfassungspolitischen Verhältnissen konnte die Durchsetzung der vom Deutschen Reich eingegangenen Verpflichtungen gegenüber den Ländern verfassungsrechtlich nicht so gesichert werden, wie es in den Beschlüssen des verfassunggebenden Organs wegen der Bindung der Bundesrepublik nach aussen vielleicht geschehen wäre, wenn eine uneingeschränkte gesamtstaatliche Staatsgewalt bestanden hätte.
Dennoch berücksichtigt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht ausreichend, daß der Bund völkerrechtlich verpflichtet ist, die Schulbestimmungen des Konkordats zu erfüllen. Wenn es auch dem Verfassungsgeber freistand, den Ländern die innerstaatliche Erfüllung von Vertragspflichten, die der Bund auf der Ebene des Völkerrechts übernommen hat, in eigener Verantwortung zu übertragen, so ist damit noch nicht gesagt, daß die Länder trotz ihrer nach der innerstaatlichen Verfassung alleinigen Zuständigkeit für diesen Sachbereich in der Disposition über dieses Recht völlig freigestellt sind. Wie bereits ausgeführt, verbietet der Verfassungsgrundsatz der Bundestreue den Ländern, dem Bund die Einhaltung völkerrechtlicher Verträge - hier des Reichskonkordats - unmöglich zu machen und ihn zum Vertragsbruch zu zwingen, da aufgrund der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder dem Bund kein verfassungsmässiges Mittel zur Verfügung steht, die Länder an einer dem Reichskonkordat widersprechenden Gesetzgebung zu hindern. Deshalb versagt der Verfassungsgrundsatz der Bundestreue den Ländern die Möglichkeit, gestützt auf ihre innerstaatlich ausschließliche Zuständigkeit auf den Gebieten des Schulwesens Gesetzbestimmungen zu schaffen, die den Bestimmungen des Reichskonkordats zuwiderlaufen und auf diese Weise den Bund völkerrechtlich vertragsbrüchig zu machen. Wenn also ein Land eine andere Regelung auf dem Gebiete des Schulrechts treffen will, als dies im Reichskonkordat geschehen ist, so ist es aufgrund der Bundestreue verpflichtet, wenigstens mit dem Heiligen Stuhl in völkerrechtliche Verhand-

lungen über eine Abänderung der Schulbestimmungen zu treten mit dem Ziele, dem Bund zu helfen, seine völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem Konkordat zu erfüllen. Die Möglichkeit einer solchen Abänderung wäre nach Art. 33 Abs. 2 RK. gegeben. Die Einhaltung dieser Verpflichtung der Länder aus dem Gesichtspunkt der Bundestreue kann allerdings durch den Bund nicht erzwungen werden, da die Länder nach der geltenden Verfassung in diesem Bereiche ausschließlich zuständig sind.

Daher folgt aus dem Grundsatz der Bundestreue für die Länder die vom Bund nicht erzwingbare Verpflichtung, die vertragliche Bindung des Bundes an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats in der vorerwähnten Weise zu beachten, so daß die Länder mittelbar durch die Bestimmungen des Reichskonkordats gehindert sind, ohne vorherige Verhandlungen mit dem Heiligen Stuhl abweichende Gesetze auf dem Gebiete des Schulrechts zu erlassen.

C. Unmittelbare Verpflichtung der Länder gegenüber dem Heiligen Stuhl zur Beachtung der Schulbestimmungen des Reichskonkordats.

I. Die Länder als neue Völkerrechtssubjekte.

Wenn sich verfassungsrechtlich auch keine unmittelbare, erzwingbare Bindung der Länder an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats herleiten läßt, so ist damit nichts über die Möglichkeit gesagt, ob sich für die Länder eine Bindung nicht unmittelbar aus völkerrechtlichen Gesichtspunkten gegenüber dem Heiligen Stuhl ergibt. Voraussetzung dafür ist zunächst, daß die Länder überhaupt fähig sind, Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten zu sein. Art. 32 Abs. 3 GG. bestimmt, daß die Länder mit Zustimmung der Bundesregierung mit auswärtigen Staaten Verträge über solche Gegenstände abschließen können, für die den Ländern die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zusteht. Damit hat das Grundgesetz den Ländern die verfassungsrechtliche Möglichkeit, Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten - also Völkerrechtssubjekte - zu sein, eingeräumt. Im Schrifttum ist die Frage, ob zur Entstehung als Völkerrechtssubjekt die völkerrechtliche Anerkennung durch andere Subjekte des Völkerrechts erforderlich ist [1] oder ob die Anerkennung nur deklaratorische Bedeutung hat, [2] äusserst umstritten. Diese Frage kann aber hier unerörtert bleiben, da die Länder - zum Teil auch von auswärtigen Staaten durch den Abschluß von völkerrechtlichen Verträgen als Völkerrechtssubjekte anerkannt [3] - vom Hl. Stuhl in ihrem Zuständigkeitsbereich

1) So Oppenheim-Lauterpacht, §§ 71,209; Lauterpacht, §§ 19,48,49; Kelsen, General Theorie, S. 222 f.; Schwarzenberger, S.45,46; v.Liszt, § 5 IV; v. Liszt-Fleischmann, § 7 IV;

2) So Dahm, § 21 IV; Ross, S. 110 ff.; Sauer, S. 74; Verdross, (2. Auflage) S.159; Uhllmann, § 21; Brierly, S. 82 ff.;

3) Bayern durch das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland, dem Freistaat Bayern und der Republik Österreich über die Donaukraftwerk Jochenstein AG. vom 13.2.1952 (Schreiben der Bayerischen Staatskanzlei vom 23.10.1963, Anlage 5); Abkommen über die Anwendung der Salinenkonvention mit Österreich vom 25.3.1957 (Anlage 5); Bayern und Baden Württemberg durch das Übereinkommen zwischen diesen beiden Ländern, Österreich und der Schweiz über den Schutz des Bodensees vom 27.10.1960 (Anlage 5); Rheinland-Pfalz durch

als Träger von Rechten und Pflichten aus dem Reichskonkordat und damit als Partner auf der Ebene des Völkerrechts anerkannt werden.[4] So schwören die Bischöfe den nach Art. 16 RK. in die Hand des Reichsstatthalters bzw. Reichspräsidenten zu leistenden Treieid in die Hand des Ministerpräsidenten des betreffenden Landes.[5] Außerdem schließt der Heilige Stuhl mit dem Ländern über Gegenstände ihrer Zuständigkeit Verträge [6], führt mit ihnen Verhandlungen[7] und trifft mit ihren Regierungen Abmachungen[8].

---

zu 3) die Staatsverträge mit Luxemburg über die Errichtung von Wasserkraftanlagen bei Rosport-Ralingen vom 25.4.1950 und an der Our vom 10.7.1958 und Abkommen der Regierungen von Rheinland Pfalz, des Saarlandes und Luxemburg über die Finanzierung des Wiederaufbaus und Unterhalts von Grenzbrücken vom 11. 7. 1959 (Schreiben der Staatskanzlei von Rheinland-Pfalz vom 25.10.1963 (Anlage 7);

4) Thieme, S. 28, 29; So der Apostolische Nuntius A.J. Münch in seiner Antwortrede gegenüber dem Ministerpräsidenten v. Rh.-Pfalz am 10.12.1949 (Beilage zum GVBl. v. Rh.-Pfalz Nr. 27/50, Schreiben der Staatskanzlei von Rh.-Pfalz v. 25.10.1963, Anlage 7);

5) So z.B. die Bischöfe von Essen, Münster und Aachen, Dr. Franz Hengstbach, Dr. Michael Keller, Dr. Joseph Höffner, Dr. Johannes Pohlschneider (Mitteilungen der Landesreg. von NRW. vom 19.2.1957, Anlage 1 S. 1,5; Haugg, Anlage 1, S. 14; Schreiben der Staatskanzlei des Landes NRW. vom 17.10.1963, Anlage 2; Die Bischöfe von Limburg, Dr. Wilhelm Kempf und Ferdinand Dirichs, Haugg, Anlage 1 S. 15, Schreiben der Hessischen Staatskanzlei vom 13. 11.1963 Anlage 8). Die Bischöfe von Hildesheim und Osnabrück, Heinrich M. Janssen und Dr. Franziskus Demmann (Haugg, S. 15/16, Schreiben der Senatskanzlei Bremen vom 25.10.1963, Anlage 4) und die Bischöfe von Bamberg, Würzburg, Speyer, Freiburg und Rottenburg (Haugg, S. 16/17, Schreiben der Staatskanzlei von Rh.-Pfalz v. 25. 10. 1963 (Anlage 7)

6) So mit NRW. den Vertrag v. 19.12.1960 über die Errichtung des Bistums Essen (GVBl. 1957 S. 19)

7) Schreiben des Ministerpräsidenten von Niedersachsen v. 22.10.1963 (Anlage 3); wegen des diplomatischen Notenwechsels mit der Landesregierung von NRW. über die Besetzung des Bischofstuhls von Essen, vgl. Haugg, S. 6,7;

8) Verwaltungsabkommen mit Bayern über die Lehrerbildung v. 30.8.1958 (Schreiben der Bayerischen Staatskanzlei vom 23. 10.1963 (Anlage 5); Schreiben des Hessischen Ministerpräsidenten vom 22.10.1963 (Anlage 6);

Dieses Verhalten des Heiligen Stuhls zeigt unverkennbar den Willen, mit den Ländern als staatlichen Partnern im Rahmen ihrer Zuständigkeit zusammenzuarbeiten, und bedeutet die Anerkennung der Länder als Subjekte des Völkerrechts.

II. Abschluss des Konkordats auch für die Länder.

Das Reichskonkordat wurde am 20. Juli 1933 vom Vizekanzler des Deutschen Reiches, von Papen, als Bevollmächtigtem des Reichspräsidenten, abgeschlossen.
Eine unmittelbare völkerrechtliche Bindung der Länder an das Reichskonkordat läge dann vor, wenn von Papen das Konkordat nicht nur als Vertreter des Deutschen Reiches, sondern auch der Länder abgeschlossen hätte. Dagegen spricht jedoch die Formulierung in der Präambel des Reichskonkordats, daß dieses Vertragswerk "die zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich bestehenden freundschaftlichen Beziehungen festigen und fördern" solle.
Außerdem hatten einige Länder schon früher Konkordate abgeschlossen,[9] die nach Art. 2 Abs. 1 des Reichskonkordats bestehen bleiben sollten.
Auch die Vorgeschichte des Reichskonkordats spricht gegen eine Vertretung auch der Länder beim Abschluß des Vertrages durch den Bevollmächtigten des Deutschen Reiches. Wie sich aus den Aufzeichnungen des Ministerialdirektors Trendelenburg vom Preussischen Kultusministerium ergibt,[10] sah das Land Preussen das abzuschliessende Konkordat ausschließlich als Vertrag des Reiches an. Das ergibt sich auch aus dem Schreiben des Staatssekretärs Stuckart vom Preuss. Kultusministerium an den Staatssekretär der Reichskanzlei, Lammers,[11] sowie dem Brief des Preussischen Kulturministers Rust an den Reichskanzler Hitler.[12]

---

9) Bayern 1924, Preussen 1929, Baden 1932;
10) die folgenden tatsächlichen Ausführungen beruhen auf Auszügen aus den Akten der Reichskanzlei, des Ausw. Amtes und der Deutschen Botschaft beim Vatikan, bei Thieme, S. 9,10;
11) vom 8. 7. 1933;
12) vom 14. 7. 1933.

Deshalb beteiligte sich auch der Botschafter des Deutschen Reiches, der zugleich das Land Preussen beim Vatikan vertrat, nicht an den Vertragsverhandlungen. Das Deutsche Reich muß daher, jedenfalls bis 1945, als alleiniger Vertragspartner des Heiligen Stuhls aus dem Reichskonkordat von 1933 angesehen werden.[13)]

III. Verpflichtung der Länder aus Anknüpfung an die Rechtsperson des Deutschen Reiches.

Eine unmittelbare völkerrechtliche Bindung der Länder an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats wäre in dem Falle gegeben, wenn die Länder die staatsrechtliche Kontinuität des Deutschen Reiches fortsetzten oder als dessen Rechtsnachfolger anzusehen wären.

1. Allgemeine Rechtsnachfolge kraft Staatenukzession.

Der Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes im Jahre 1945 hatte schwere Erschütterungen des Deutschen Staates zur Folge. Das Staatsgebiet des Deutschen Reiches wurde in verschiedene Zonen aufgeteilt, in denen die Besatzungsmächte die Staatsgewalt ausübten. Die Reichsgebiete östlich der Oder-Neisse-Linie wurden sogar abgetrennt und teils polnischer, teils russischer Verwaltung unterstellt. Diese einschneidenden Veränderungen im Hinblick auf Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt ließen die Frage aufkommen, ob das Deutsche Reich im Jahre 1945 untergegangen ist.
Es ist jedoch allgemein anerkannt, daß trotz dieser Erschütterungen das Deutsche Reich nicht untergegangen, sondern in seiner Rechtspersönlichkeit erhalten geblieben ist.[14)]
Eine Rechtsnachfolge aus dem Gesichtspunkt der Staatensukzession setzt voraus, daß die Rechtsperson, in deren Rechtsbeziehungen die Nachfolge stattfinden

---

13) so auch Thieme, S.10;
14) vgl. S. 14 ff.;

soll, fortgefallen ist.[15] Da das Deutsche Reich als Träger von Rechten und Pflichten im Jahre 1945 nicht untergegangen ist, kann eine allgemeine Rechtsnachfolge der Länder nach dem Deutschen Reich nicht angenommen werden.[16]

2. Verpflichtung der Länder aus staatsrechtlicher Identität mit dem Deutschen Reich.

a) Identität Bundesrepublik - Deutsches Reich.

Die Feststellung, daß das Deutsche Reich trotz der Ereignisse von 1945 bestehen geblieben ist, besagt noch nicht, daß die auf dem Gebiet der westlichen Besatzungszonen errichtete staatliche Organisation, die Bundesrepublik Deutschland, dasselbe Staatswesen wie das Deutsche Reich und als alleiniger Träger der Rechte und Verbindlichkeiten des Reiches anzusehen ist. Bei dieser Frage ist zu berücksichtigen, daß das Deutsche Reich seit Aufhebung der Eigenstaatlichkeit der Länder durch das Neuaufbaugesetz [17] ein Einheitsstaat war, die Bundesrepublik aber ein Bundesstaat ist, bei dem auch die Länder Zuständigkeiten des Reiches, vor allem auf dem Gebiete der inneren Verwaltung, des Kulturlebens und der Justiz, übernommen haben. Zwischen dem Staatsgebilde der Bundesrepublik und dem des Deutschen Reiches bestehen gebiets-, bevölkerungs- und strukturmässig erhebliche Unterschiede.

---

15) Dahm, S. 102; Loening, DRZ. 46, DRZ. 46, 129; Scheuner, DVBl.50, 484; Gutachten, Konkordatsprozeß, S. 703; Maunz, Gutachten, Konkordatsprozeß, S. 781; Hess. VGH. NJW. 51,327; BGH. NJW.52,468; BGH. DVBl. 51,728; Verdross, S. 191;

16) Däubler, NJW. 54, 5; Dahm, S.102; Verdross,S.191; Thiele,DV. 49,428; Scheuner, DVBl. 50,484; Gutachten Konkordatsprozeß, S.702 ff.; Loening, DRZ. 46,131, 132; Coing, SJZ. 49,269; Hess. VGH. NJW. 49,634; BGH. NJW. 52,468; BGH. JZ. 51,696; BGH.DVBl. 51, 728; OLG. Tübingen, DRZ, 50,91; OLG Frankfurt, NJW. 49,763; OBL. Köln, MDR.51,689; OLG. Hamburg,MDR.49, 222; = SJZ. 49,267; Hess. VGH. NJW.51,327; LVG. Hannover, DV. 49,69;

17) vom 3o.1.1934 (RGBl. 1934 I S. 75).

Es erscheint daher zweifelhaft, ob zwei so unterschiedliche Staatsgebilde miteinander identisch sein können.
In diesem Zusammenhang weist Krüger [18] darauf hin, daß die juristische Frage der Identität zweier Staatsgebilde von der mathematischen streng zu trennen ist. Der juristische Begriff der Identität geht gerade davon aus, daß zwei Gebilde, die mathematisch nicht identisch sind, sondern oft erhebliche Unterschiede aufweisen, dennoch als identisch im juristischen Sinne angesehen werden. Eine juristische Identität ist selbst bei erheblichen territorialen Veränderungen nicht ausgeschlossen. Es genügt, wenn das "Wesen", die "Substanz", im Gegensatz zur "Gestalt" und "Form" fortbesteht. So hindern auch große Gebietsverluste nicht die Annahme einer staatsrechtlichen Identität; das ist erst bei völliger Gebietsaufteilung, zumindest aber der Abtrennung des größten Gebietsteils, der Fall.[19]
Diese Grundsätze gelten entsprechend auch für das Staatsvolk.[20]
Wegen des kleineren Staatsgebietes und Staatsvolkes können daher keine Bedenken gegen eine staatsrechtliche Identität von Bundesrepublik und Deutschem Reich hergeleitet werden, da das Staatsgebiet und das Staatsvolk des Deutschen Reiches als Staatswesen erhalten geblieben ist. Die Bundesrepublik Deutschland ist daher, lediglich gebietsweise, eingeschränkt, mit dem Deutschen Reiche staatsrechtlich identisch. Daraus wird gefolgert, daß die Bundesrepublik Rechtssubjekt aller Rechte und Pflichten sowie vertraglichen Beziehungen des Deutschen Reiches ist und daher für alle Reichsverbindlichkeiten einzustehen hat, soweit nicht Art. 131 GG. oder § 14

---

18) SJZ. 50,114; Reinhardt, NJW. 52, 442;
19) Krüger, SJZ. 50,114 NJW. 52,1283; Sauer, S.101; Dahm, S. 90,102; Scheuner, DVBl. 50,484; Feilchenfeld, S. 456 f; Guggenheim, S. 427; Anm. 14; Oppenheim-Lauterpacht, S. 150, Note 1; RGZ.110,317/318; 136,342; a.A. OLG.Köln, MDR.51,689; OLG.Schleswig, NJW.51,723;
20) Feilchenfeld, S.436,447,448,456; Sauer, S. 101,

Umstellungsgesetz entgegenstehen. Wenn Bundesrepublik Deutschland und Deutsches Reich dasselbe staats- und völkerrechtliche Rechtssubjekt sind, können rein begrifflich nicht auch die einzelnen Länder dieselbe Rechtsperson wie das Deutsche Reich sein. Aus diesem Grunde ist es ganz überwiegend abgelehnt worden, die Länder als Träger von Rechten und Pflichten des Deutschen Reichs anzusehen, sei es aufgrund einer Identität, sei es aufgrund einer Rechtsnachfolge im Hinblick auf das Deutsche Reich.[21)]

Es kann aber staatsrechtlich nicht unbeachtet bleiben, daß sich das Deutsche Reich von einem Einheitsstaat in einen Bundesstaat in Gestalt der Bundesrepublik umgegliedert hat und Aufgaben, die früher Sache des Reiches waren, sich auf die Länder verlagert haben. Ausserdem haben die Länder ihre Vermögensausstattung vom Reiche übernommen. Es wäre daher im hohen Maße unbillig, wenn die Länder zwar Aufgabengebiete, Hoheitsrechte und Vermögensaktiva vom Deutschen Reiche übernommen hätten, eine Haftung für die Reichsverbindlichkeiten aber mit dem Hinweis auf die formale Gleichheit der juristischen Person des Deutschen Reiches als Einheitsstaat und der Bundesrepublik als einem bundesstaatlich gegliederten Staatswesen ablehnen dürften. Die Unbilligkeit dieses Ergebnisses als formalrechtlich durchaus logischer Folgerung aus der Identität der Bundesrepublik mit dem Deutschen Reich ist allgemein anerkannt worden.[22)]

---

21) Coing, SJZ. 49,269; NJW. 49,204; Thiele, DV. 49,428; Scheuner, DVBl. 50,484; Loening, DRZ. 46,132; Hess. VGH. NJW. 49,634; NJW. 51,327; BGH. NJW. 52,468; BGH. DVBl. 51,721 ff.; BGH. JZ. 51,696; OLG. Tübingen, DRZ. 50,91; OLG. Frankfurt, NJW. 49, 763; OLG. Hamburg, MDR. 49, 222; LVG. Hannover, DV. 49,69; a.A. Krüger, SJZ. 50,118;

22) Thieme, S. 14; Krüger, SJZ.50, 120; Reinhardt, NJW. 52, 441 ff.; Loening, DRZ. 46,132; Lewald, NJW. 51, 343; Scheuner, DVBl. DVBl. 53, 218; NJW. 52, 468; BGHZ. 16,184; OLG. Köln, NJW. 52, 1301.

Im einzelnen gehen aber die Ansichten darüber auseinander, wie dieses ungerechte Ergebnis vermieden werden kann.

b) Lösungsversuch aus Billigkeitserwägungen.

Der Bundesgerichtshof [23] hat zunächst eine Lösung dieser Schwierigkeit dadurch versucht, daß er eine unmittelbare Verpflichtung der Länder zum Einstehen für Reichsverbindlichkeiten aus dem Gesichtspunkt der Rechtsnachfolge der Länder abgelehnt hat, weil das Deutsche Reich nicht untergegangen ist. Soweit ein Land Aufgaben des Reiches tatsächlich übernommen hat, müsse es jedoch als Rechtsnachfolger gelten, da das Land das Reich in tatsächlicher Beziehung fortgesetzt habe. So sehr das Ergebnis zu billigen ist, so unbefriedigend ist die juristische Konstruktion dieser Lösung. Allein der Billigkeitsgedanke ist das tragende Argument dieser Entscheidung, wenn der Bundesgerichtshof einerseits feststellt, daß die Länder nicht Rechtsnachfolger des Reiches sein können, sie aber in gewissen Fällen als Rechtsnachfolger zu gelten hätten. Mit Recht weist daher Reinhardt in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung[24] auf das Urteil als Beweis dafür hin, daß eine Lösung aus dem Begriff der Rechtsnachfolge nicht möglich ist.

c) Sinngemässe Anwendung der Grundsätze der Staatensukzession.

Scheuner [25] will ein ungerechtes Ergebnis dadurch vermeiden, daß er die bei der Staatensukzession entwickelten Grundsätze sinngemäss fortbildet und für die Feststellung der Rechte und Pflichten von Bund und Ländern bezüglich der Rechte und Verbindlichkeiten des Reiches anwendet. Er geht davon aus, daß

---

23) BGH. NJW. 52, 468;
24) NJW. 52, 468;
25) DVBl. 50,484.

die Identität der Bundesrepublik mit dem Deutschen Reich trotz einschneidender territorialer Veränderungen und Wandlungen der staatlichen Struktur erhalten bleibt, wie es im Völkerrecht allgemein anerkannt ist.[26]

Daher komme eine Identität oder Rechtsnachfolge der Länder gegenüber dem Deutschen Reich nicht in Betracht.

Aus der staatsrechtlichen Identität der Bundesrepublik mit dem Deutschen Reich zieht Scheuner aber nicht den Schluß, daß damit die Bundesrepublik für sämtliche Verbindlichkeiten des Deutschen Reiches haftet. Es entspreche einem Grundsatz des deutschen Staatsrechts, daß bei einer Übernahme von Gebiet und Hoheitsrechten neben einer Nachfolge in Rechte auch eine Übernahme von Verbindlichkeiten erfolge. So seien z.B. Verbindlichkeiten des alten Deutschen Reiches von den Rheinbund-Staaten und Gliedern des deutschen Bundes übernommen worden, soweit diese Staaten tatsächlich Gebiete und Hoheitsrechte des Reiches übernommen hätten, obwohl eine allgemeine Staatennachfolge nicht angenommen wurde.[27] Es beruhe daher auf der Tradition des gemeinen deutschen Staatsrechts,[28] daß zwischen einzelnen Ländern bei Gebiets- und Hoheitsrechtsänderungen die alten Verbindlichkeiten entsprechend dem Übergang von Territorien und Hoheitsrechten angemessen verteilt werden. Diesen Grundsatz will Scheuner auch im Verhältnis des Bundes zu den Ländern angewandt wissen, soweit Hoheitsrechte, Aufgaben und Vermögen des Reiches auf die Länder übergegangen sind. Scheuner kommt daher zu dem Schluss, daß auch die Länder in angemessener Weise für die Reichsverbindlichkeiten einzustehen haben, soweit sie Aufgaben, Hoheitsrechte und Vermögen des Deutschen Reiches übernommen haben.

---

26) vgl. Anm. 14, S. 76;
27) Zoepfl, S. 285 f, 578 f; Meyer-Anschütz, S. 111; Zachariae, S. 167 ff., 185 f; Klüber, S. 57;
28) Scheuner, a.a.O.

Der Ansicht Scheuners ist vom Ergebnis her gesehen zuzustimmen. Unbefriedigend ist jedoch die juristische Konstruktion, da sie auf die Grundsätze bei einer Staatensukzession abstellt. Wenn ein Land Gebiete und Hoheitsrechte eines anderen übernommen hat, dann ist das Land, welches Gebiete und Hoheitsrechte abgegeben hat, als Träger von Rechten und Pflichten entweder ganz oder doch in Bezug auf das abgetrennte, nun einem anderen Rechtsträger zugehörige Gebiet fortgefallen. Das Deutsche Reich ist aber als Rechtsträger nicht fortgefallen, sondern besteht in der Bundesrepublik Deutschland als identischem Staatswesen fort. Wenn die Bundesrepublik aber aufgrund ihrer staatsrechtlichen Identität mit dem Deutschen Reich dieselbe Rechtspersönlichkeit ist, so ist es in der juristischen Konstruktion widersprüchlich, wenn die Frage nach der Haftung für die Reichsverbindlichkeiten für die Länder in Anlehnung an die Grundsätze der Staatensukzession gelöst werden soll. Der Fortbestand des Staatswesens der mit dem Deutschen Reich identischen Bundesrepublik schließt begrifflich eine auch teilweise Rechtsnachfolge der Länder, die ja ein eigenes Staatswesen darstellen, nach den Grundsätzen der Staatensukzession aus, da der ursprüngliche Rechtsträger nicht fortgefallen, sondern bestehen geblieben ist. Daher kann der von Scheuner vertretenen juristischen Konstruktion nicht gefolgt werden.

d) Identität der Länder mit dem Deutschen Reich.

Eine Verpflichtung der Länder, für Verbindlichkeiten des Reiches einzustehen, könnte sich daraus ergeben, daß sich das Deutsche Reich nicht nur in der Bundesrepublik als eines die einzelnen Glieder umfassenden Gesamtstaates, sondern auch in den Ländern fortsetzt. Dann müßten auch die Länder als mit dem Deutschen Reich staatsrechtlich identisch angesehen werden. Wenn auch die Identität der Bundesrepublik mit dem Deutschen Reich nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß die Bundesrepublik nur die Gebiete des Deutschen Reiches umfasst, die von den westlichen Besatzungsmächten besetzt waren,[29] noch dadurch, daß sich die Kompe-

29) vgl. S. 76/77;

tenzen infolge der innerstaatlichen Strukturänderung verschoben haben,[30] so ist die Identität doch sehr unvollkommen. Es fragt sich daher, ob die Glieder des Ganzen, die Länder, die auf verschiedenen Gebieten Zuständigkeiten und Vermögen des Reiches übernommen haben, mit dem Deutschen Reich identisch sind. Diese Auffassung wird vor allem von Herbert Krüger vertreten.[31] Krüger geht davon aus, daß die alten Länder am 3o. 1. 1934 durch das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches[32] aufgelöst und im Reich aufgegangen sind. Die Gültigkeit dieses Gesetzes ist zwar mit der Begründung bezweifelt worden, daß es sich dabei um eines der nationalsozialistischen Grundgesetze zur Zentralisierung der Staatsgewalt gehandelt habe.[33]

Das Gesetz wäre unbeachtlich, wenn es durch die Nachkriegsgesetzgebung aufgehoben worden wäre. Eine Aufhebung könnte durch das Kontrollratsgesetz Nr. 1 [34] erfolgt sein. Darin heißt es:

„Um die Grundsätze und Lehren der NSDAP. aus dem Deutschen Recht und der Verwaltung innerhalb des gesetzten Gebietes auszurotten, um für das deutsche Volk Recht und Gerechtigkeit wiederherzustellen und den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz wiedereinzuführen, wird folgendes bestimmt:

Art. I

1) Die folgenden nationalsozialistischen Grundgesetze... verlieren hiermit ihre Wirksamkeit innerhalb des besetzten Gebietes...
2) Weitere nationalsozialistische Gesetzte sind durch die Militärregierung zu dem in der Einleitung genannten Zweck außer Kraft gesetzt worden und werden außer Kraft gesetzt werden."

---

30) Scheuner, DVBl. 50, 516; Becker, DVBl.55,110; Grewe, DRZ. 49, 313; Sauer,S.102; Rappard, S.35;BGH.NJW. 52,463;
31) SJZ. 50,113 ff.;
32) RGBl. 1934, I S. 75;
33) Horst Müller, Festgabe f. Raape, S.230; OLG.Tübingen, MDR. 49,765;
34) Gesetzte und Verordnungen des Obersten Befehlshabers der Militärregierung, Amtsblatt der Militärregierung, April 1945, S. 1;

In Art. 1 Absatz 1 ist das Neuaufbaugesetz nicht aufgeführt. Es ist auch später nicht entsprechend Absatz 2 durch die Militärregierung aufgehoben worden.[35] Schließlich fällt es auch sachlich nicht unter die „Grundgesetze und Lehren der NSDAP." Wenn das Gesetz auch die Völksvertretungen und Hoheitsrechte der Länder beseitigt und die Landesregierungen der Reichsregierung unterstellt hat, so bedeutet dies zwar eine Steigerung der Reichsgewalt nach innen, nicht aber die Verwirklichung eines typisch nationalsozialistischen Grundgesetzes, etwa des Führerprinzips. Es ist ein fast allgemeiner Zug einer politischen Mehrheit, gleich welcher Richtung, welche in Zeiten innen- und außenpolitischer Schwierigkeiten die Regierungsgewalt übernimmt, die Befugnisse der Zentralgewalt so weit wie möglich auszudehnen. Dieselbe Erscheinung ist bei den Staaten des Ostblocks und vielen afrikanischen, asiatischen und lateinamerikanischen Staaten festzustellen, bei denen „nationalsozialistische Grundgesetze" sicher ausscheiden. Es ist daher mit Krüger[36] davon auszugehen, daß durch die Gesetzgebung der Besatzungsmächte das Neuaufbaugesetz nicht aufgehoben worden ist.

Krüger [37] folgert hieraus, daß im Jahre 1934 das Reich die Gesamtrechtsnachfolge der Länder angetreten habe, so daß die heutigen Länder mit den damals aufgelösten nicht als identisch angesehen werden könnten. Als staatsrechtlicher Anknüpfungspunkt komme für die neuen Länder folglich nur das Deutsche Reich in Betracht, von dem die Länder ihre staatlichen Befugnisse sowie Vermögen ableiteten.
Daher seien die Länder wie der Bund mit dem Deutschen Reiche identisch. Das ergebe sich im Grunde schon daraus, daß die Bundesrepublik als Bundesstaat mit dem Deutschen Reiche identisch sei. Wenn sich ein Bundesstaat in einen Einheitsstaat verwandele, so bestehe kein Zweifel, daß

---

35) Krüger, SJZ. 50,117; Hess. VGH. NJW. 51,327;
36) SJZ. 50, 118;
37) aaO.

der Einheitsstaat die Rechtspersönlichkeit der Einzelstaaten mit allen Rechten und Pflichten in sich aufnehme; genau so müsse auch der umgekehrte Fall betrachtet werden, daß ein Einheitsstaat eine Reihe von Einzelstaaten entlasse und sie mit Rechtspersönlichkeit ausstatte. Sei der Bundesstaat mit dem Einheitsstaat identisch, dann könne er naturgemäss diese Identität nur als Bundesstaat, als Komplex von Bund und Ländern, verwirklichen. Daher setze sich das Deutsche Reich auch in den Ländern fort, und zwar umso mehr, als gemäss Art. 30 GG.das Schwergewicht der Staatlichkeit bei der Umgestaltung des Deutschen Reiches auf die Länder verlegt sei. Es sei daher widersinnig, die Fortsetzung des Deutschen Reiches lediglich auf die Bundesrepublik als Träger nur enumerierter staatlicher Befugnisse zu beschränken, die Träger der vollen staatlichen Gewalt aber von der Identität auszuschließen.
Auch diesem Lösungsversuch liegt der Gedanke zugrunde, daß es ungerecht wäre, daß die Länder zwar Zuständigkeiten und Vermögen vom Deutschen Reich übernommen haben, nicht aber verpflichtet sein sollen, für die Verbindlichkeiten des Deutschen Reiches einzustehen. Im Hinblick auf das Ergebnis, zu dem Krüger gelangt, erheben sich keine Bedenken. Es entspricht der Gerechtigkeit und Billigkeit, daß die Länder wenigstens auch insoweit für Verbindlichkeiten des Deutschen Reiches in angemessener Weise einzustehen haben, als sie Zuständigkeiten und Aktiva des Reiches übernommen haben. Es erheben sich jedoch erhebliche Einwände gegen die juristische Konstruktion. Schon dem Ausgangspunkt Krügers, daß die Länder durch das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches im Reiche aufgegangen und damit untergegangen seien, so daß alleiniger Anknüpfungspunkt für die neuerstandenen Länder das Deutsche Reich sei, kann nicht zugestimmt werden. Es ist richtig, daß durch das Neuaufbaugesetz die Volksvertretungen und Hoheitsrechte der Länder beseitigt und

die Landesregierungen der Reichsregierung unterstellt wurden. Damit erfuhr die Reichsgewalt ihre höchste Steigerung, andererseits verloren die Länder ihre Eigenschaft als Staaten.

Die Kompetenzen der Länder wurden mittelbare Reichszuständigkeiten, Landesrecht mittelbares Reichsrecht. Wenn die Länder auch ihren Staatscharakter verloren hatten, so sind sie deshalb aber nicht untergegangen, sondern bestanden als autonome Gebietskörperschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit als Träger von Rechten und Vermögen fort,[38] jedenfalls soweit sie nicht aufgelöst oder gebietsmässig neu aufgeteilt wurden. Es entspricht einem völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Grundsatz, daß die staatsrechtliche Identität eines Verbandes auch durch tiefgreifende territoritale Änderungen und Wandlungen der staatlichen Selbständigkeit nicht beseitigt wird,[39] so daß die Strukturwandlungen die Existenz der Länder als öffentliche Gebietskörperschaften und damit als Gemeinwesen mit eigener Rechtspersönlichkeit unberührt gelassen haben.[40] Als daher die Staatlichkeit der Länder nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes wieder hergestellt wurde, bestand nicht als alleiniger Anknüpfungspunkt das Deutsche Reich, sondern auch die Länder, jedenfalls soweit deren Gemeinwesen mit eigener Rechtspersönlichkeit erhalten geblieben war,[41] wobei Gebietserweiterungen als Stärkung des alten Landes einer Anknüpfung nicht im Wege stehen, sofern nur das Stammland erhalten geblieben und nicht bewußt als Gebietskörperschaft vernichtet worden ist.[42]

---

38) E.R.Huber, Verf.Recht, S.326,347,353; Scheuner,DVBl. 50,485; Hess.VGH. NJW.51,327;
39) Feilchenfeld, S.456; Guggenheim, S.427, Anm.14;Scheuner, DVBl.50,485; Oppenheim-Lauterpacht,S.150,Note 2;
40) Loening, DRZ.46, 132; G. Jellinek,3. Aufl.S.283;
41) Krüger, SJZ.50,118 (f.Bremen, Hamburg u.Berlin);Ipsen, Festg.f.Raape, S.438; (f.Hamburg) KG.Berlin DV.49, 621; Jur.Rundschau 47,50; 50,147;
42) Loening, DRZ.46,132; Nawiasky-Leusser, S.23 f.;Abendroth, NJ. 37,79 f; H.Peters, NJ. 47,5; W.Weber, Ablösung, S.19 f, 48, Scheuner, DVBl.50,495;

Fraglich ist aber, ob frühere Länder auch insoweit als Anknüpfungspunkt neben dem Reich in Betracht kommen, als die neuen Länder aus Gebietsbestandteilen verschiedener alter Länder zusammengesetzt worden sind, wir Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Hessen.
Zur Lösung dieser Frage ist auf einen Grundsatz des gemeinen deutschen Staatsrechts abzustellen, auf den Scheuner [43] hingewiesen hat. Dieser Grundsatz besagt, daß die deutschen Länder bei Übernahme von Gebiet und Hoheitsrechten verpflichtet sind, neben der Nachfolge in Rechte auch die Verbindlichkeiten zu übernehmen und bestehende private Rechte zu schützen.[44] Daher kommen die alten Länder als Anknüpfungspunkt für Rechte und Pflichten der neu errichteten Länder insoweit in Betracht, als diese Gebiet und Hoheitsrechte alter Länder übernommen haben.

Wenn Krüger meint, die Verwandlung eines Einheitsstaates in einen Bundesstaat sei rechtlich genauso wie der umgekehrte Fall zu behandeln, so erscheint diese Ansicht nur auf den ersten Blick einleuchtend. Es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Vorgängen.
Wenn sich ein Bundesstaat in einen Einheitsstaat verwandelt, verlieren die Einzelstaaten ihren Staatscharakter. Daraus ergibt sich, daß alle staatlichen Rechte und Pflichten, darunter auch die im Wege der Staatensukzession von den Einzelstaaten übernommenen,

---

43) DVBl. 50, 485;
44) Scheuner, aaO.; Feilchenfeld, S. 217 bis 232; Klüber, S. 57; Zachariae, S. 167 ff, Zoepfl, S. 285 f, 578 f; Meyer-Anschütz, S. 111;

zwangsläufig beim Einheitsstaat als der einzigen Rechtspersönlichkeit mit Staatscharakter liegen. Wenn sich dagegen ein Einheitsstaat in einen Bundesstaat umwandelt, so geht die staatliche Rechtspersönlichkeit des Einheitsstaates nicht unter, sondern besteht in dem staatsrechtlich mit dem Einheitsstaat identischen Bundesstaat fort. Daneben entstehen gleichfalls mit eigener staatlicher Rechtspersönlichkeit und Hoheitsrechten ausgestattet die einzelnen Glieder des Bundesstaates. Da der Einheitsstaat aber in seiner staatlichen Rechtspersönlichkeit fortbesteht, kommt hier ein Übergang von staatlichen Rechten und Pflichten aus dem Gesichtspunkt der Staatensukzession, wie bei der Umwandlung eines Bundes- in einen Einheitsstaat, nicht in Betracht.

Die Umwandlung eines Bundesstaates in einen Einheitsstaat kann daher für die Frage eines Übergangs von Rechten und Pflichten im umgekehrten Falle nicht herangezogen werden. Bei der Umwandlung eines Einheitsstaates in einen Bundesstaat erhalten die im Bunde zusammengefassten Gliedstaaten eigene Rechtspersönlichkeit. Auch sie haben neben Vermögensgegenständen des Einheitsstaates Aufgaben und Hoheitsrechte übernommen, die vorher allein dem Einheitsstaat zugeordnet waren. Daraus zieht Krüger den Schluß, daß auch die Gliedstaaten, wie der Bundesstaat, mit dem Einheitsstaat identisch sind.

Es entspricht den Tatsachen, daß nach der neuen Verfassungsordnung nach dem Bonner Grundgesetz die staatlichen Befugnisse, die in ihrer Gesamtheit beim Deutschen Reich als Einheitsstaat lagen, jetzt weitgehend Sache der Länder geworden sind. Die Fragen der staatsrechtlichen Identität wird aber gerade durch innerstaatliche Veränderungen im Rahmen einer Staatsumorganisation nicht berührt.[45)]

---

45) vgl. Ausführungen Seite 76;

Die staatsrechtliche Identität stellt gerade nicht darauf ab, ob das bestehende Staatsgebilde die gleiche Summe von Hoheitsrechten besitzt und in gleicher Weise und gleichem Umfang Träger der staatlichen Befugnisse ist, wie das Staatsgebilde vor der Umorganisation. Mit Recht weisen Krüger [46] und Rheinhardt [47] darauf hin, daß die Frage nach der staatsrechtlichen Identität zweier Staatswesen überhaupt erst dann auftaucht, wenn die Identität durch innerstaatliche Veränderungen zweifelhaft geworden ist. Die staatsrechtliche Identität stellt lediglich auf die Kontinuität der Rechtspersönlichkeit von zwei in tatsächlicher Hinsicht verschiedenen Staatsgebilden ab. [48] Die ~~äussere~~ Kontinuität der Rechtspersönlichkeit und damit die Identität von zwei Staatsgebilden wird durch tatsächliche Veränderungen bezüglich Staatsgebiet, Staatsvolk und innerstaatlichem Aufbau nur dann unterbrochen, wenn die Änderungen in das "Wesen" bzw. die "Substanz" des Staatssubjektes eingreifen. [49] Weder die Gebiets-, noch der Bevölkerungsverluste, noch die Umwandlung des Deutschen Reiches von einem Einheits- in einen Bundesstaat haben über Gestalt und Form hinaus in das "Wesen" des Deutschen Reiches als Staatssubjekt eingegriffen. Die Umwandlung des Deutschen Reiches in einen Bundesstaat und die damit verbundene tatsächliche Verlegung staatlicher Hoheitsrechte und Aufgaben auf die einzelnen Gliedstaaten hatte daher auf die Frage der Kontinuität der staatlichen Rechtspersönlichkeit keinen Einfluss. Daher kann aus der Tatsache, daß die Länder aufgrund der Umwandlung des Deutschen Reiches von einem Einheitsstaat in einen Bundesstaat Kompetenzen und Aufgaben des früheren

---

46) SJZ. 5o, 114;
47) NJW. 52, 442;
48) Reinhardt, NJW. 52, 443; BGH. DVBl. 53, 218;
49) Krüger, SJZ. 50, 114.

Einheitsstaates übernommen haben , nicht der Schluß gezogen werden, daß neben dem Bundesstaat auch die einzelnen von ihm umfassten Gliedstaaten in Gestalt der Länder die staatsrechtliche Kontinuität des Einheitsstaate fortsetzen und ebenfalls mit dem Deutschen Reich identisch sind. Die gegenteilige Auffassung übersieht, daß die staatsrechtliche Identität lediglich Kontinuität der staatlichen Rechtspersönlichkeit bedeutet und die tatsächliche Verlagerung von Staatsaufgaben und Hoheitsrechten unberücksichtigt läßt, solange nicht der Staat in seinem Wesen beeinträchtigt wird. Die staatliche Kontinuität des Deutschen Reiches wird daher allein von der Bundesrepublik als mit dem Deutschen Reiche identischer staatlicher Rechtspersönlichkeit fortgesetzt. Eine Verpflichtung der Länder, für Verbindlichkeiten des Deutschen Reiches einzustehen, läßt sich daher nicht mit der Begründung herleiten, daß die Länder neben der Bundesrepublik mit dem Deutschen Reiche identisch sind.

Da der Begriff der Identität allein auf die Kontinuität der Rechtspersönlichkeit eines Staates abstellt, kann dieser Begriff nicht der Tatsache Rechnung tragen, daß die innerstaatliche Umordnung nach der neuen Verfassungsordnung zu erheblichen Verschiebungen der staatlichen Befugnisse geführt hat. Die Aufteilung der Hoheitsrechte und Aufgabenbereiche, die in ihrer Gesamtheit beim Einheitsstaat vereinigt waren, zwischen dem Gesamtstaat und den einzelnen, mit eigener Staatlichkeit ausgestatteten Gliedstaaten, findet keine Berücksichtigung.

Daher ist es aus dem Begriff der Identität nicht möglich, die Frage einer Verpflichtung der Länder, für Verbindlichkeiten des Deutschen Reiches wegen der tatsächlichen Übernahme von Hoheitsrechten und Aufgaben des Deutschen Reiches einzustehen, zu lösen.[50)]

---

50) so auch Reinhardt, NJW. 52, 442, 468; Loening, DRZ. 46, 132; Thieme, S. 14 f; Lewald, NJW. 51,343; BGH. DVBl. 53, 218.

IV. Verpflichtung der Länder aus dem Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge.

Aus einer blossen Anknüpfung an die Kontinuität des Staatsgebildes des Deutschen Reiches und der Bundesrepublik Deutschland läßt sich allein eine Verpflichtung des Bundes, nicht aber der Länder herleiten. Ein solches Ergebnis ist jedoch mit den tatsächlichen Verhältnissen unvereinbar. Die Länder haben weitgehend Hoheitsrechte, Vermögen und Aufgaben des Reiches übernommen. Alle Rechte und Aktiva, die die Änderungen mit sich brachten, haben die Länder für sich in Anspruch genommen. Es ist daher nicht mehr als billig, daß die Länder andererseits auch für die mit den übernommenen Rechten, Aufgabenbereichen und Aktiva verbundenen Verbindlichkeiten einzustehen haben. Diese Folgerung ist von den Ländern auch praktisch gezogen worden. So haben sie z.B. auch ohne besondere gesetzliche Regelung die Versorgungsansprüche von Beamten übernommen, die in ihrem Gebiet und in solchen Verwaltungszweigen tätig waren, die nach der neuen Verfassungsordnung vom Deutschen Reich auf die Länder übergegangen sind. In diesem Rahmen traten sie auch auf den übernommenen Aufgabengebieten in die Beamten- und Arbeitsrechtsverhältnisse ein. Es hat sich daher der Gedanke entwickelt, daß bei der Frage der Haftung für Verbindlichkeiten des Deutschen Reiches nicht allein auf die Kontinuität der Rechtspersönlichkeit eines Trägers hoheitlicher Aufgaben abzustellen ist, sondern auch darauf, inwieweit Aufgaben eines alten Aufgabenträgers tatsächlich von einem neuen fortgeführt werden. Auf der Grundlage dieses Gedankens hat sich die Funktionsnachfolge als neuer haftungsbegründender Rechtsbegriff herausgebildet.

1. Der Begriff der Funktionsnachfolge.

Der Begriff der Funktionsnachfolge besagt, daß Funktionen eines Rechtssubjektes auf ein anderes übergegangen sind. Der Übergang dieser Aufgaben schließt

gleichzeitig auch den Wechsel der mit ihnen verbundenen Hoheitsrechte, des Vermögens sowie Verwaltungsapparates auf den neuen Funktionsträger ein. Die Funktionsnachfolge bezeichnet aber nicht nur den Übergang der mit einem Aufgabenbereich verknüpften Rechte und Aktiva des Funktionsvorgängers, sondern auch der mit den übernommenen Funktionen zusammenhängenden Verbindlichkeiten. Aus der Kontinuität der Funktionen wird gleichzeitig auch die Kontinuität der bei Ausübung der Funktionen erwachsenen Verbindlichkeiten gefolgert.[51] Für die Frage der Haftung für Verbindlichkeiten des alten Funktionsträgers soll nicht allein entscheidend sein, wer dessen Rechtspersönlichkeit fortsetzt, sondern es wird auf den Übergang des Aufgabenbereichs als solchen abgestellt.

Die Funktionsnachfolge bezeichnet den Übergang eines Aufgabenbereiches von einer Rechtsperson auf eine andere mit der Wirkung, daß Hoheitsrechte, Vermögen und Verwaltungsapparat, soweit er mit dem verlagerten Aufgabenbereich verbunden ist, vom Funktionsvorgänger auf den neuen Funktionsträger übergehen, gleichzeitig aber auch die mit dem übernommenen Aufgabenbereich verknüpften Verbindlichkeiten des alten Funktionsträgers. Insoweit stimmt also die Funktionsnachfolge in ihrer Rechtswirkung mit einer Rechtsnachfolge überein. Der Grund einer Rechtsnachfolge liegt jedoch in einer Anknüpfung an die Rechtsperson des Vorgängers, bei der Funktionsnachfolge dagegen in einer sachlichen Verknüpfung von Rechtsverhältnissen mit einem Aufgabenbereich bei einem Wechsel des Aufgabenträgers.

Soweit Rechte und Aktiva mit einem Funktionsbereich verbunden waren, ergab sich ihr Übergang auf den neuen Aufgabenträger weitgehend zwangsläufig aus ihrer sachlichen Bindung an den Funktionskomplex. Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung zogen die neuen Funktionsträger möglichst viele Rechte und Aktiva an sich, wie z.B. auf dem Gebiete des Justiz-

---

51) Däubler NJW. 54, 7; Schröer, DRZ. 48, 230; Steinbömer, S. 21; Reinhardt, NJW. 52, 442; BGH. DVBl. 53 218; BGHZ. 16, 189.

wesens. Mit der Übernahme der Justizhoheit und Verwaltung des Justizwesens durch die Länder wurden sie auch Träger des Aktiva auf diesem Aufgabengebiet. So haben die Länder auch die vor 1945 entstandenen rückständigen Gerichts- und Verwaltungskosten eingezogen.[52] Der Übergang der aktiven Posten auf den neuen Funktionsträger aufgrund Funktionsnachfolge warf daher keine besonderen Probleme auf, zumal der Funktionsvorgänger, dessen Rechtsbestand geschmälert wurde, handlungsunfähig geworden war (z.B. das Deutsche Reich).

Verständlicherweise drängten sich die neuen Funktionsträger nicht danach, auch die Verbindlichkeiten des alten Funktionsträgers, selbst wenn sie mit dem übernommenen Aufgabengebiet verknüpft waren, mitzuübernehmen. Eine solche Verpflichtung war aus den Begriffen der Identität oder Rechtsnachfolge, die allein auf die Fortsetzung der formellen Rechtspersönlichkeit abstellen, nicht herzuleiten. Hier bot sich die Funktionsnachfolge, die an die tatsächliche Ausübung von Funktionen anknüpft, als Haftungsgrund an. So ist auch die Ansicht Däublers [53] zu verstehen, daß die Funktionsnachfolge nur den Übergang der Verbindlichkeiten des Funktionsvorgängers auf den Funktionsnachfolger zur Folge habe und daher nur eine passive Rechtsnachfolge darstelle. Die Verlagerung eines Aufgabenbereichs auf einen neuen Rechtsträger zieht aber sowohl den Übergang von Hoheitsrechten, Vermögen und Verwaltungsapparat als auch von Verbindlichkeiten des Funktionsvorgängers auf den Funktionsnachfolger nach sich. Daher handelt es sich bei der Funktionsnachfolge nicht nur um eine passive Rechtsnachfolge, sondern um einen Gesamtnachfolgetatbestand hinsichtlich der Rechtspositionen und Verbindlichkeiten, die mit dem übernommenen Funktionsbereich zusammenhängen.[54]

---

52) vgl. Schröer, DRZ. 48, 228;
53) NJW. 54, 5;
54) so auch Steinbömer, S. 97, 113.

Damit ist allerdings nicht gesagt, daß bei der Funktionsnachfolge wie bei der Rechtsnachfolge die gesamte Rechtsstellung des Vorgängers auf den Nachfolger übergeht. Es darf nicht übersehen werden, daß der Grund, auf der die Nachfolge beruht, bei Rechtsnachfolge und Funktionsnachfolge ganz verschieden ist.

Da der Grund für die Nachfolge bei der Funktionsnachfolge allein in der tatsächlichen Fortsetzung von Aufgaben des Funktionsvorgängers liegt, umfasst die Nachfolge ihrem Umfange nach nicht notwendigerweise den gesamten Rechtsbestand der Rechtsperson des Funktionsvorgängers, sondern Rechtspositionen und Verbindlichkeiten des Vorgängers nur insoweit, als der Funktionsnachfolger tatsächlich die Aufgaben des Funktionsvorgängers übernommen hat. Die Funktionsnachfolge führt nur zu einer beschränkten Rechtsnachfolge, [55] nämlich beschränkt auf die mit dem übergegangenen Aufgabengebiet verknüpften Rechte und Verbindlichkeiten; innerhalb dieses Rahmens geht jedoch der gesamte Rechtsbestand des Vorgängers auf den Nachfolger über. Die Funktionsnachfolge ist daher als beschränkter Gesamtnachfolgetatbestand zu charakterisieren.

2. Die Entwicklung des Begriffs der Funktionsnachfolge.

Wegweisend für die Entwicklung des Begriffs der Funktionsnachfolge war Loening [56] in seinem Rechtsgutachten über die Frage einer Rechtsnachfolge des Landes Thüringen nach dem Deutschen Reich und dem früheren Lande Thüringen. Loening wendet sich darin gegen die Ansicht, daß eine Haftung der Länder für Reichsverbindlichkeiten dadurch ausgeschlossen sein soll, daß die Länder nicht Rechtsnachfolger des Deutschen Reiches sind. Er weist darauf hin, daß sich viele praktische Abweichungen von dem Grundsatz eines Haftungsausschlusses des Landes Thüringen schon daraus er-

---

55) Däubler, NJW. 54,5;
56) DRZ. 46, 129 ff.; 132;

geben kann, daß Funktionen des Reiches vom Lande Thüringen tatsächlich ausgeübt werden. Loening kommt zu dem Schluß, daß eine Haftung des Landes Thüringen für solche Verbindlichkeiten des Deutschen Reiches angenommen werden müsse, deren Erfüllung zur ordnungsmässigen Verwaltung der vom Lande ausgeübten Reichsfunktionen gehören.
Dieser Gedanke ist auch von Schröer [57] aufgegriffen worden. Er folgert aus der Kontinuität der Funktionsausübung, daß solche Verbindlichkeiten des Reiches von den Ländern erfüllt werden müssen, die sich aus Aufgaben ergeben, die früher dem Reich oblagen, jetzt aber tatsächlich von den Ländern ausgeübt werden, allerdings beschränkt auf die Landesgrenzen.
Diesen Gedanken hat auch Reinhardt aufgegriffen.[58] Auch er stellt auf die Kontinuität der Funktionen ab. Mit Recht weist er darauf hin, daß ein befriedigendes Ergebnis der Haftung für Reichsverbindlichkeiten nicht aus den vorgenannten Begriffen der Identität und der Rechtsnachfolge gewonnen werden kann, sondern aus der Würdigung der Interessen und dem Abwägen der Gründe für die Zurechenbarkeit einer Verbindlichkeit. Die Rechtsordnung erkenne gerade in den Fällen eine Kontinuität der Person des Schuldners an, wo eine rein formale Betrachtungsweise einem Gläubiger gefährlich werden und seinen Anspruch in Frage stellen kann, wie z.B. im Gesellschaftsrecht bei der A.G. und G.m.b.H. sowie den Haftungsverhältnissen bei einer Vorgesellschaft. Besondere Bedeutung kommt nach Reinhardt den Gedanken zu, die der arbeitsrechtlichen Lehre von der Betriebsnachfolge zugrunde liegen. Dort werde auf den Funktionsträger als solchen abgestellt. Soweit die Länder auch Vermögen des Reiches übernommen hätten, ergebe sich ihre Haftung aus einer unmittelbaren Anwendung des § 419 BGB. Reinhardt kommt

---

57) DRZ. 48, 228 ff.; 230;
58) NJW. 52, 441 ff.;

zu dem Ergebnis, daß die Rechtsordnung in der Frage der Haftung nicht allein an die formale Gleichheit der juristischen Person anknüpfen könne, sondern an die Tatsache anknüpfen müsse, daß ein Träger von Aufgaben seiner Substanz nach der gleiche ist. Es müsse daher auf die „materielle Gleichheit der Organisation, der Mittel und des Zwecks" [59] abgestellt werden. Was für die Kontinuität der Rechtsverhältnisse trotz Veränderungen im Status der juristischen Person im Privatrecht gelte, müsse erst recht für den Träger der öffentlichen Verwaltung, in dessen Gestalt die organisierte Gemeinschaft am Rechtsleben teilnehme, gelten. Soweit daher die Länder Aufgaben, Organisation und Vermögen des Deutschen Reiches übernommen hätten, müsse ihre Haftung für Verbindlichkeiten des Deutschen Reiches bejaht werden, wobei allerdings die Belastungsgrenze im Einzelfall zu beachten sei.

Wenn auch das Wort Funktionsnachfolge in Reinhardts Ausführungen nicht ausdrücklich erwähnt wurde, so ergibt sich doch eindeutig, daß aus der Fortführung der Aufgaben eines fortgefallenen Funktionsträgers der Grund für die Haftungsverpflichtung des neuen Funktionsträgers abgeleitet wird. Dieser Gedanke hat inzwischen in der Literatur unter dem Begriff der Funktionsnachfolge seine Anerkennung gefunden.[60]

Die Rechtsprechung hat sich erst allmählich an die neue Rechtsfigur herangetastet. Verständlicherweise hat sie zunächst gezögert, diesen neuen Rechtsbegriff anzuwenden. Sie hat eine Haftung des neuen Funktionsträgers anfänglich mit der Begründung abgelehnt, daß zur Lösung dieser Probleme eine besondere gesetzliche Regelung notwendig sei.[71] Der hessische Verwaltungsgerichtshof [62] ging einen Schritt weiter. Er nahm eine

---

59) Reinhardt, a.a.O.S. 443;
60) Scheuner, Festschrift für Nawiaksy, S. 9 ff.; Kegel, JZ. 51, 392; Steinbömer, Wilm, NJW. 53,859; Däubler, NJW. 54,5; Thieme, S.15; v.d. Heydte, VDSTRL. 13, 6; Dürig, VDStRL. 13, 27; Coing, NJW. 54,819;
61) OLG.Köln, MDR. 51, 698; OLG.Hamburg, MDR. 52, 555;
62) NJW. 49, 634.

„beschränkte Rechtsnachfolge" des Landes für den Fall an, daß es Vermögen und Aufgaben des Reiches übernommen hat. Der Bundesgerichtshof [63] räumte anfangs nur die Möglichkeit ein, daß eine Haftung des Landes für Verbindlichkeiten des Reiches durch die Fortsetzung von Funktionen des Deutschen Reiches durch das Land begründet werde. Er hielt es für zu schwierig, schon jetzt die Verbindlichkeiten des Deutschen Reiches zwischen Bund und Ländern aufzuteilen. Der Bundesgerichtshof hat es zunächst unentschieden gelassen, ob das Land selbst dann nicht haftet, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeiten zur ordnungsmässigen Verwaltung der vom Land ausgeübten Reichsfunktionen gehört. Er hat anfangs nur für Verbindlichkeiten besonderer Verwaltungszweige des Deutschen Reiches, die Träger eines Sondervermögens waren und deren Aufgaben Sondervermögen sowie Verwaltungsapparat jetzt von Einrichtungen der Bundesrepublik übernommen worden sind, eine Haftung der übernehmenden Organisation ausgesprochen. Das gilt insbesondere für das Bahn- und das Postwesen.[64]
In einer grundlegenden Entscheidung vom 1. 12. 1952 [65] hat der Bundesgerichtshof die haftungsbegründende Wirkung der Funktionsnachfolge in Anlehnung an die Gedankengänge von Reinhardt allgemein anerkannt. Aus der Kontinuität der Funktionen leitet er die Verpflichtung der Länder ab, für die bei Erfüllung der Funktionen erwachsenen Verbindlichkeiten einzustehen, vorausgesetzt, daß nicht der alte Funktionsträger als selbständige und zahlungsfähige Rechtsperson bestehen geblieben ist. Nicht auf die formale Gleichheit der Rechtsperson, sondern auf die materielle Gleichheit der Organisation, ihrer Mittel und Zwecke müsse ab-

---

63) vgl. BGHZ. 4, 266 = NJW.52,466; BGHZ. 7, 75 = NJW 53, 22;
64) vgl. BGH. 1, 34; OLG. Celle MDR. 51, 625; OLG. Frankfurt, MDR. 51, 688; KG. Berlin, NJW. 50, 75;
65) BGHZ. 8, 169 (180) = NJW. 53, 381 = BB. 53, 96 = DVBl. 53, 218;

gestellt werden. Dieser Gedanke habe im Privatrecht im § 419 BGB.sowie bei der Auflösung einer A.G. oder G.m.b.H., endlich in der Lehre von der "Betriebsnachfolge" seinen Ausdruck gefunden. Er müsse wegen des stärkeren Einflusses auf die Allgemeinheit erst recht für die Kontinuität des öffentlichen Lebens gelten. Mit dem Übergang der Funktion seien daher gleichfalls die bei Ausübung der Funktion regelmässig entstehenden Verbindlichkeiten übergegangen. Auf diese Entscheidung hat der Bundesgerichtshof auch in der Folgezeit bestätigend Bezug genommen und den Gedanken der Funktionsnachfolge weiterhin vertreten.[66] Auch vom Bundesverwaltungsgericht [67] und Bundesarbeitsgericht [68] wird das Institut der Funktionsnachfolge angewendet. Eine ausdrückliche Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts fehlt allerdings noch.

3. Ausprägung der Funktionsnachfolge in der Gesetzgebung.

Der Grundgedanke der Funktionsnachfolge ist auch in verschiedenen gesetzlichen Regelungen zum Ausdruck gekommen. Schon § 22 des Beamtenrechtsänderungsgesetzes vom 3o. 6. 1933 [69] beruhte auf diesem Gedanken. Nach dieser Vorschrift wurde bei der Umbildung von Körperschaften des öffentlichen Rechts für den neuen Funktionsträger die Verpflichtung ausgesprochen, die bisher bei der Körperschaft beschäftigten Beamten zu übernehmen. Das bedeutete zwar keinen unmittelbaren Übergang der Verpflichtungen aus dem Beamtenverhältnis,[70] aber doch die Pflicht für die Nachfolgekörperschaft, als Dienstherr in die Dienstverhältnisse der Beamten der bisherigen Körperschaft einzutreten.

---

66) NJW. 53, 1220; 53, 1387; 1588; 53, 1667; der große Senat f. Zivilsachen, NJW. 54,1073 (1077); BGHZ. 10, 125; 16, 188; DÖV. 54, 500; DÖV. 53, 567 = DVBl. 53, 645; JZ. 54, 498; JZ. 55, 20;
67) DVBl. 56, 265;
68) JZ. 58, 631;
69) RGBl. 1933, I S. 433;
70) vgl. BGH. NJW. 53, 1588.

Auch in der Bundesgesetzgebung ist der Gedanke der Funktionsnachfolge zum Ausdruck gekommen. So ist vor allem auf das Gesetz zu Art. 131 GG. vom 1. 9. 1953 hinzuweisen. Die in §§ 1, Ziff. 1a, 62, 63, 82 dieses Gesetzes getroffenen Regelungen bestimmen, daß der neue Dienstherr der Beamten, die am 8. 5. 1945 bei einer Reichs- oder Landesdienststelle im jetzigen Bundesgebiet beschäftigt waren, die Körperschaft ist, die bei der Neuordnung der staatlichen Verhältnisse die Aufgaben der früheren Dienststelle ganz oder überwiegend übernommen hat. Das Gesetz ordnet also an, daß der Übernehmer der Funktionen des alten Funktionsträgers der neue Dienstherr der beim alten Funktionsträger beschäftigten Beamten sein soll. Damit kommt zum Ausdruck, daß der Funktionsnachfolger unmittelbar ohne besondere Übernahmeerklärung in die Dienstverhältnisse des alten Funktionsträgers eintritt. [71]
Auch das zweite Überleitungsgesetz vom 21. 8. 1951 [72] beruht auf dem Gedanken der Funktionsnachfolge. Es bestimmt, daß Verbindlichkeiten der Verwaltungen und Einrichtungen, die nach Art. 130 GG. in die Verwaltung des Bundes übergeführt worden sind oder übergeführt werden, mit dem Inkrafttreten der Überführung auf den Bund, den neuen Funktionsträger, übergehen.
Im Zusammenhang mit der Verschiebung von Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern hat der Gedanke der Funktionsnachfolge auch Eingang in das Bonner Grundgesetz gefunden. Nach Art. 134 Abs. 1 GG. steht dem Bund grundsätzlich das Vermögen des Reiches, nach Art. 135 Abs. 1 GG. dem jetzigen Gebietsherrn das Vermögen aufgelöster Länder und in ihrer Landeszugehörigkeit veränderter Gebietsteile zu. Diese Zuordnung findet ihre Grundlage in der Anknüpfung an die Begriffe Identität und Rechtsnachfolge.
Im Gegensatz zu dieser Regelung fallen nach dem Inhalt

---

71) so auch BGH. NJW. 56, 562; OVG. Münster, Verw.-Rspr. 5, S. 197;
72) BGBl. 1951, I S. 774.

der Art. 134 Abs. 2 und 3 sowie Art. 135 Abs. 2 GG. Vermögensobjekte, die für besondere Verwaltungsaufgaben bestimmt waren, nicht dem Gebietsherrn zu, sondern dem Funktionsträger, der nunmehr für die Erfüllung der Funktionen zuständig ist, für welche die betreffenden Vermögensgegenstände bestimmt sein sollen. Hier stellt dasGrundgesetz für die Frage der Vermögenszuordnung also deutlich auf den Träger der Funktion ab.
Damit ist die Reihe der gesetzlichen Regelungen, die auf dem Gedanken der Funktionsnachfolge beruhen, noch nicht erschöpft. Als weitere Beispiele sind die §§ 17, 18 des Einführungsgesetzes zum Gesetz über die kommunale Neugliederung des Rheinisch-Westfälischen Industriegebietes vom 29.7.1929 [73], die §§ 8 und 9 der dritten Sparverordnung vom 19. 3. 1949,[74] die zweite Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur vorläufigen Regelung der Rechtsverhältnisse der im Dienst des Bundes stehenden Personen vom 10. 10. 1950[75] zu nennen. Diese Bestimmungen betreffen die Rechtsverhältnisse der Angehörigen des öffentlichen Dienstes und lassen die Rechtsverhältnisse einschließlich der daraus sich ergebenden Versorgungsansprüche auf den neuen Aufgabenträger übergehen. In diesem Zusammenhang ist ferner auf die §§ 1 und 2 des Gesetzes über den vorläufigen Aufbau der Polizei im Lande Nordrhein-Westfalen vom 9. 5. 1949 [76] hinzuweisen, die ausdrücklich die an sich bestehende Übernahmeverpflichtung der Reichs- und der preussischen Polizeibeamten aus dem Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge ausschließen.

4. Rechtsdogmatische Grundlagen der Funktionsnachfolge.

Das Grundprinzip der Funktionsnachfolge beruht darauf, daß ein bestimmter Aufgabenbereich mit bestimmten Rechten und Verbindlichkeiten in der Weise verbunden

---

73) GS. 1929, S. 137;
74) GVBl. NRW. 1949, S. 29;
75) BGBl. 1950, I S. 726;
76) GVBl. NRW. 1949, S. 143;

ist, daß der Übergang des Aufgabenbereiches von der Person des Funktionsvorgängers auf die des Funktionsnachfolgers auch den Übergang der mit dem übergehenden Aufgabenbereich verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten mit sich bringt. Die rechtsdogmatische Grundlage der Funktionsnachfolge ist daher in solchen Grundsätzen des geltenden Rechts zu suchen, die eine rechtliche Verknüpfung von Funktionsbereichen mit Rechtsverhältnissen zum Ausdruck bringen.

a) Die Unternehmenspertinenz.

Als rechtsdogmatischer Ansatzpunkt kann der von Pisko [77] entwickelte Begriff der "Unternehmenspertinenz" von Bedeutung sein. Dieser Begriff besagt, daß bestimmte Rechtsverhältnisse aufgrund ihrer Zweckbestimmtheit mit dem Unternehmen als fortdauernder Organisation verbunden sind.
Die "Unternehmenspertinenz" fußt auf dem Gedanken, daß bestimmte Rechtsverhältnisse, die einem Unternehmen an- oder eingegliedert sind, von der Person des Unternehmers zugunsten einer rechtlichen Verknüpfung mit dem Unternehmen selbst gelöst werden, also eine gewisse Verdinglichung erfahren. So bestimmt § 23 HGB., daß die Veräußerung des Unternehmens auch die Firma sowie nach § 8 WZG. auch die Warenzeichen umfasst. Derselbe Grundsatz hat auch in § 28 Abs. 1 Verl.G. sowie 1952 Abs. 2 VVG. seinen Ausdruck gefunden. Dem entspricht ferner die Entscheidung des Reichsgerichts,[78] daß die Rechte aus einer Konkurrenzklausel nur gleichzeitig mit dem Geschäftsbetrieb übertragen werden können. Der zweckbestimmte, materielle Zusammenhang mit dem Unternehmen als Funktionskomplex bleibt also von einem Wechsel der Person des Rechtsträgers unberührt.

---

77) S. 202 f; Oppikofer, S. 118 ff.;
78) JW. 1901, 725.

Auf diesem Gedanken beruht auch die Funktionsnachfolge. Aus dem Gesichtspunkt der Unternehmenspertinenz ergibt sich jedoch nur eine rechtliche Verknüpfung von Rechten mit dem Unternehmen, dagegen keine rechtliche Bindung von Pflichten des früheren Inhabers an das Unternehmen. Gerade eine rechtliche Verknüpfung auch der Pflichten an einen Funktionsbereich ist aber ein wesentliches Merkmal der Funktionsnachfolge.
Die "Unternehmenspertinenzen" können daher zwar als Beweis dafür herangezogen werden, daß der Rechtsordnung eine Verknüpfung von Rechtsverhältnissen mit einem Funktionskomplex ohne Rücksicht auf einen Wechsel in der Person des Trägers der Funktionen bekannt ist, doch ist dieser Gedanke als rechtsdogmatische Grundlage der Funktionsnachfolge nicht ausreichend.

b) § 25 HGB.

Als rechtsdogmatische Grundlage der Funktionsnachfolge könnte § 25 HGB. in Betracht kommen.[79] Diese Vorschrift spricht einen Übergang von Rechten und Verbindlichkeiten, soweit sie im Betriebe begründet worden sind, für denjenigen aus, der ein Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt. Aus diesem Wortlaut ließe sich die Annahme herleiten, daß auf Grund der tatsächlichen Fortführung des Geschäfts durch einen neuen Rechtsträger der Übergang auch der bei Erfüllung der Geschäftsfunktionen erwachsenen Erfüllungspflichten und Verbindlichkeiten des alten Funktionsträgers auf den neuen bestimmt wird. Auf diesen Gedanken gründet sich auch der Rechtsbegriff der Funktionsnachfolge. Daher würde der in § 25 HGB ausgesprochene Rechtsgedanke zur rechtsdogmatischen Begründung der Funktionsnachfolge geeignet sein, wenn die tatsächliche Fortführung der Geschäftsfunktionen durch den neuen Geschäftsinhaber der wahre Grund seiner Verpflichtung für Geschäftsverbindlichkeiten

79) so Däubler NJW. 54, 8.

des früheren Inhabers wäre. Im kaufmännischen Geschäftsverkehr sind vor allem Geschäft und Firma entscheidend für die Rechtsbeziehungen zu Dritten, nicht dagegen die Person des Geschäftsinhabers, die oftmals nach aussen gar nicht erscheinen. Das Vertrauen des Aussenstehenden ist daher hauptsächlich auf Geschäft und Firma, die nach aussen in Erscheinung treten, abgestellt. Wenn § 22 HGB. für das Innenverhältnis einen Wechsel der Geschäftsinhaber erlaubt, ohne den Wechsel im Außenverhältnis zu Tage treten zu lassen, da der neue Geschäftsinhaber Geschäft und Firma unverändert fortführen kann, so muß das Gesetz die im Aussenverhältnis bestehenden Rechtsverhältnisse vor schädlichen Auswirkungen des im Innenverhältnis erfolgten Geschäftsinhaberwechsels schützen. Das Vertrauen der Gläubiger auf die im Rechtsverkehr maßgebliche Kontinuität des Geschäfts und der Firma bedarf des Schutzes gegenüber Gefährdungen durch einen im Innenverhältnis erfolgten Wechsel in der Person des Geschäftsinhabers. Der Gedanke des Schutzes des Vertrauens der Gläubiger in die Kontinuität des im Gegensatz zum Innenverhältnis unverändert fortgeführten Außenverhältnisses ist daher der entscheidende Grundgedanke der Regelung des § 25 HGB. [80]

Das Reichsgericht hat allerdings in früheren Entscheidungen mehrfach den Rechtsgrund für die Haftung aus § 25 HGB in der Fortführung des Geschäftes unter der alten Firma als einer Erklärung des Unternehmers an die Öffentlichkeit gesehen, für die Geschäftsverbindlichkeiten des früheren Inhabers einstehen zu wollen. [81]

Mit Recht weist Pisko [82] darauf hin, daß diese Auffassung im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat. Selbst wenn in der Fortführung der alten Firma eine konkludente

---

80) Würdinger, Anm. 2 zu § 25 HGB; Schlegelberger-Hildebrand, Anm. 2,6,9,14 zu § 25 HGB.; Steinbömer, S. 64; Pisko, S. 255; RGZ 143, 371; 154, 336; 169, 133;
81) RGZ. 56, 199; 76, 10; 149, 28; RZ. Warn, 1913 Nr.159;
82) S. 255; vgl. auch Würdinger, Anm. 1 zu § 25 HGB.

Übernahmeerklärung der Verbindlichkeiten zu sehen wäre, so müßte die darauf beruhende Verpflichtung zumindest durch jede öffentlich bekanntgemachte Erklärung, für alte Geschäftsverbindlichkeiten nicht haften zu wollen, ausgeschlossen werden können. Das ist aber nicht der Fall, sondern nur bei Erfüllung strengerer Bedingungen gemäss § 25 Abs. 2 HGB. möglich. Es ist daher daran festzuhalten, daß § 25 HGB. das Vertrauen der Gläubiger auf die Haftung des neuen Inhabers der im Außenverhältnis unverändert fortgeführten Geschäftsfirma schützen will, sofern nicht dem Gedanken des Vertrauensschutzes durch abweichende Vereinbarungen, Eintragung im Handelsregister und öffentlicher Bekanntmachung ausreichend Rechnung getragen worden ist.

Die Vorschrift des § 25 HGB. beruht daher im Grunde auf der Zweigleisigkeit der Verhältnisse einer Handelsfirma in Innen- und in Außenverhältnis. Da das Außenverhältnis mit Geschäft und Firma, das im Handelsverkehr im Vordergrund steht, nach dem Willen des Gesetzes (§ 22 HGB.) durch einen im Innenverhältnis eingetretenen Wechsel des Inhabers nicht berührt wird, sondern unverändert nach aussen in Erscheinung tritt, verlangen diese besonderen Verhältnisse einen Schutz des Vertrauens der Gläubiger auf die Kontinuität des im Handelsverkehr maßgebenden Außenverhältnisses. Deshalb ist nach § 25 HGB. für die Haftverpflichtung des neuen Betriebsinhabers für Geschäftsverbindlichkeiten des alten die Kontinuität des Außenverhältnisses maßgebend; das ist die materielle Gleichheit der Organisation, der Mittel und des Zwecks bei der tatsächlichen Fortführung des Geschäfts unter alter Firma.

Auch die Funktionsnachfolge knüpft an die materielle Gleichheit von Organisation, Mittel und Zweck durch tatsächliche Übernahme eines Funktionsbereichs an. Der Grund liegt aber nicht, wie bei § 25 HGB., in

einer Doppelgleisigkeit nach Innen- und nach Außenverhältnis und einem dadurch bedingten Schutzbedürfnis der Gläubiger vor allem für die Frage, wer für ihre Forderung haftet, sondern in der Tatsache der Fortführung eines Funktionsbereichs. Wegen dieses rechtsdogmatischen Unterschiedes ist § 25 HGB. als rechtsdogmatische Grundlage der Funktionsnachfolge nicht geeignet.[83]

c) Die Betriebsnachfolge.

Als rechtsdogmatische Grundlage für die Funktionsnachfolge bietet sich der auf dem Gebiete des Arbeitsrechts entwickelte Gedanke der Betriebsnachfolge an. Der Begriff der Betriebsnachfolge besagt, daß mit Rücksicht auf die enge Verknüpfung der Arbeits-, Miet- und Pachtverträge mit dem Betriebe als notwendige Faktoren des laufenden Betriebes der Wechsel der Betriebsinhaber keine Bedeutung für das Fortbestehen der Vertragsverhältnisse hat. Der neue Inhaber tritt in die bestehenden Rechtsverhältnisse des Betriebes ein. Die Betriebsnachfolge stellt daher nicht auf die Rechtsperson des Betriebsinhabers ab, sondern auf die tatsächliche Fortführung des Betriebes, die materielle Gleichheit der Organisation, der Mittel und des Zwecks. Derselbe Rechtsgedanke bildet auch die Grundlage der Funktionsnachfolge und legt die rechtsdogmatische Anlehnung an den Begriff der Betriebsnachfolge nahe.[84] Gegen eine solche Anlehnung hat sich Féaux de la Croix[85] ausgesprochen. Es sei bedenklich, die auf das Arbeitsrecht zugeschnittene Lehre von der Betriebsnachfolge auch auf andere Rechtsgebiete auszudehnen. Diesen Bedenken hat sich auch Steinbömer[86] angeschlossen, da eine

---

83) so auch Steinbömer, S. 67;
84) so Reinhardt, NJW. 52, 443; Däubler, NJW. 54, 5; BGHZ. 8, 178 = DVBl. 53, 218; OVG. Münster, Verw. Rspr. 5, 185;
85) Problem der Reichsverbindlichkeiten, S. 10/11;
86) S. 68.

rechtsdogmatische Anlehnung der Funktionsnachfolge an die Betriebsnachfolge dem besonderen arbeitsrechtlichen Gehalt der Betriebsnachfolge nicht gerecht werde. Steinbömer weist darauf hin, daß die Lehre von der Betriebsnachfolge in ihrem Ursprung auf die Stellung des Arbeitnehmers im Betriebe zugeschnitten war. Ausgangspunkt für die Entwicklung des Gedankens der Betriebsnachfolge war § 2 des Gesetzes über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. 7. 1926. [87] Danach sollten bei Eintritt einer Rechtsnachfolge in der Person des Arbeitgebers und dem damit verbundenen Neuabschluß der Arbeitsverträge zu den alten Bedingungen auch die aufgrund der Beschäftigungsdauer unter dem früheren Betriebsinhaber erworbenen Rechtspositionen der Betriebsangehörigen bei der Berechnung der Kündigungsfrist berücksichtigt werden. Der Begriff der Rechtsnachfolge wurde soweit ausgedehnt, daß jeder als Rechtsnachfolger angesehen wurde, der in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrage eintrat, [88] vorausgesetzt, daß der alte Betrieb im wesentlichen unverändert fortgeführt wurde. [89] Diese ursprünglichen Grenzen hat der Gedanke der Betriebsnachfolge aber inzwischen gesprengt. [90] Aus den rechtlichen Zusammenhängen zwischen den Einzelarbeitsverhältnissen, der betrieblichen Gesamtordnung und dem Fortbestand der Betriebsorganisation wird gefolgert, daß trotz eines Wechsels des Betriebsinhabers alle Anwartschaften aus dem fortgesetzten Arbeitsvertrage und der betrieblichen Ordnung wie Urlaubs- und Gratifikationsansprüche, aufgelaufene Urlaubsrechte, Pensionsanwartschaften einschließlich Versorgungsansprüchen früherer Arbeitnehmer bestehen bleiben. [91]

---

87) RGBl. 1926, I. S. 399;
88) vgl. OLG. Braunschweig, Arb. Gericht 1927, S. 15; LAG. Hamburg, Arb.Gericht 1927, S. 287;
89) RAG. ARS. 2, 71; Nikisch, S. 541; Galperin, BB. 52, 322; RAG. in ARS. 9, 226; 11,208;
90) vgl. Nikisch, S. 536 ff.;
91) vgl. Galperin, BB. 52, 324; RAG. JW., 1938, 1132; LAG. Frankfurt, AP. 51 Nr. 152;

Der besonderen Interessenlage des Arbeitnehmers soll aufgrund seiner Stellung im Betrieb durch den Gedanken der Betriebsnachfolge dadurch Rechnung getragen werden, daß seine Rechtsposition im Betrieb nicht durch einen Wechsel des Betriebsinhabers gefährdet wird. Dieser Zweck wird damit erreicht, daß die Betriebsnachfolge nicht auf die Rechtsperson des Betriebs abstellt, sondern auf die materielle Kontinuität der Organisation, ihrer Mittel und ihrer Zwecke. Diese besondere Interessenlage aus der Rechtstellung des Arbeitnehmers im Betriebe liegt nach Steinbömer [92] beim Tatbestand der Funktionsnachfolge angeblich nicht vor. Was die Interessenlage bei Betriebs- und bei Funktionsnachfolge angeht, so ist Steinbömer entgegenzuhalten, daß auch die Funktionsnachfolge auf dem Gedanken fußt, daß die unter einem früheren Funktionsträger erworbenen Rechtspositionen gefährdet sind, wenn auf die formale Gleichheit der Rechtsperson des Funktionsträgers abgestellt wird. Das wird besonders deutlich an dem Beispiel der Beamten ehemaliger, inzwischen als Rechtsperson fortgefallener Körperschaft des Deutschen Reiches, deren Funktionsbereich einschließlich dazugehörigem Vermögen und Verwaltungsapparat auf einen neuen Funktionsträger übergegangen ist, der aber nicht die Rechtsperson des alten Funktionsträgers fortsetzt. Der neue Funktionsträger könnte mit dem formal-juristischen Hinweis, daß er nicht die Rechtspersönlichkeit des früheren Funktionsträgers fortsetze, eine Übernahme von dessen Verbindlichkeiten ablehnen, obwohl der materielle Aufgabenbereich, die materielle Organisation, Mittel und Zweck des neuen Funktionsträgers und des alten übereinstimmen. Die unter dem früheren Funktionsträger erworbenen Rechtspositionen der Beamten sind daher durch den Wechsel in der Rechtsperson ihres Dienstherrn in gleicher Weise gefährdet, wie die der Arbeitnehmer beim Wechsel des Betriebsinhabers. Daher ist aus der Interessenlage beim Tatbestand der Betriebs- und der

---

92) S. 70.

Funktionsnachfolge kein Argument gegen eine dogmatische Anlehnung ~~in~~ der Funktions- an die Betriebsnachfolge herzuleiten.

Als weiteres Argument gegen eine Anlehnung der Funktions- an die Betriebsnachfolge führt Steinbömer an, daß die Betriebsnachfolge den Fortbestand bzw. den Neuabschluß des jeweiligen Arbeitsvertrages voraussetze und darauf abziele, diesen nach Inhalt und Umfang unverändert zu erhalten, während die Funktionsnachfolge die ursprünglichen Rechtsverhältnisse und nicht nur die sie inhaltlich bestimmenden Rechtspositionen auf den Nachfolger übertragen wolle.

Demgegenüber ist zunächst darauf hinzuweisen, daß in der neueren Lehre [93] die Ansicht vertreten wird, daß die Betriebsnachfolge den Übergang des Arbeitsverhältnisses selbst auf den neuen Betriebsinhaber begründet. Wenn auch die Lehre von der Betriebsnachfolge in ihrem Ursprung und Wesen auf den Besonderheiten des Arbeitsrechts beruht und daher grundsätzlich auf das Gebiet des Arbeitsrechts beschränkt bleiben muss, so schließt das nicht aus, daß auch auf anderen Gebieten eine gleiche Interessenlage entsteht. Das trifft für die Rechtsverhältnisse der Beamten, deren Rechtsposition durch einen Wechsel in der Rechtsperson ihres Dienstherrn gefährdet ist, zu. Zur Lösung dieser übereinstimmenden Interessenlage bei Betriebsangehörigen und Beamten bieten sich daher auch für die Regelung der Rechtsverhältnisse der Beamten aus dem Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge die Grundgedanken der Betriebsnachfolge an, die für die Betriebsangehörigen zu einem befriedigenden Ergebnis geführt haben. Die gleichen Interessen

---

93) Nikisch, S. 542; Dietz, § 1 Anm. 59; a.A. Galperin BB, 52, 324.

führen bei der Funktionsnachfolge wie bei der Betriebsnachfolge dazu, auf die materielle Kontinuität der Organisation, Mittel und Zwecke und nicht die Fortsetzung der Rechtspersönlichkeit des Rechtsträgers abzustellen. Die Betriebsnachfolge wie die Funktionsnachfolge beruhen darauf, daß Rechte und Verbindlichkeiten mit dem Funktionsbereich kraft Sachzusammenhangs verknüpft sind.[94] Wenn auch die Betriebsnachfolge dazu führt, daß Rechtspositionen, die unter dem früheren Betriebsinhaber erworben wurden, ihrem Inhalt nach in das neue Arbeitsverhältnis übernommen werden - nach der neueren Lehre sollen sogar die unter dem früheren Betriebsinhaber erworbenen ursprünglichen Rechtspositionen übergehen -, die Funktionsnachfolge aber zu einer Übernahme der ursprünglichen Rechtsverhältnisse führt, so steht dieser Unterschied einer rechtsdogmatischen Anknüpfung der Grundgedanken der Funktionsnachfolge an die der Betriebsnachfolge nicht entgegen.[95]

Wenn die Funktionsnachfolge eine Rechtsfigur wäre, die allein die Rechtspositionen der Beamten vor einer Gefährdung durch einen Wechsel in der Person des Dienstherrn schützen wollte, so könnte die auf dem Gebiete des Arbeitsrechts entwickelte, auf die Stellung des Arbeitnehmers im Betriebe ausgerichtete Rechtsfigur der Betriebsnachfolge als rechtsdogmatische Grundlage für die Funktionsnachfolge betrachtet werden; denn auch die Stellung des Beamten zu seinem Dienstherrn im Rahmen des staatlichen Verwaltungsapparats unterliegt weitgehend den gleichen Grundsätzen, wie die Stellung des Betriebsangehörigen zum Betriebsinhaber im Rahmen des Betriebes. Insoweit könnte daher die auf

---

94) vgl. Reinhardt NJW. 52, 443; Oppikofer, S. 127; OVG. Münster, Verw. Rspr. 5, 185; BGHZ. 8, 178;
95) so auch Reinhardt, NJW. 52, 443; Däubler, NJW. 54, 5; BGHZ. 8, 169 = DVBl. 53, 218; BGHZ. 16, 188; OVG. Münster. Verw. Rspr. 5,185;

die arbeitsrechtlichen Verhältnisse zugeschnittenen Grundgedanken der Betriebsnachfolge rechtsdogmatisch die Grundlage zur Lösung weitgehend gleicher Interessen auf dem Gebiete des Beamtenrechts aus dem Gesichtspunkt der "Funktionsnachfolge"bilden. Die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge ist aber nicht bloß auf die Sicherung der unter einem früheren Dienstherrn erworbenen Rechtsposition abgestellt, sondern beinhaltet ganz allgemein die Verknüpfung eines Sachbereichs mit Rechtsverhältnissen, wenn Rechtspositionen durch einen Wechsel in der Person des Trägers dieses Sachbereichs gefährdet werden. Bei diesem weiten, allgemeinen Geltungsanspruch der Funktionsnachfolge kann der Gedanke der Betriebsnachfolge, der speziell auf die arbeitsrechtlichen Verhältnisse, insbesondere die Stellung des Betriebsangehörigen bei einem Wechsel des Betriebsinhabers ausgerichtet ist, trotz weitgehender Parallelität als allgemeine, rechtsdogmatische Grundlage der Funktionsnachfolge nicht angesehen werden.[96]

d) Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft.

Eine rechtsdogmatische Grundlage für die Funktionsnachfolge könnte sich aus den Grundsätzen gewinnen lassen, die bei den Haftungsverhältnissen bei der Umwandlung einer Vorgesellschaft in eine juristische Person sowie eines nicht rechtsfähigen Vereins in einen rechtsfähigen entwickelt worden sind.[97] Auch hier läßt ein Wandel in der Rechtspersönlichkeit die Kontinuität der Rechtsverhältnisse unberührt, da die Umwandlung der Vorgesellschaft zu einer juristischen Person die Gläubiger der Vorgesellschaft nicht hindert, die daraus entstandene juristische Person in

---

96) so auch Féaux de la Croix, Problematik der Reichsverbindlichkeiten, S. 10/11; Steinbömer, S.68; Galperin, BB. 52, 322 ff.; BGHZ. 7, 75;
97) Dregger, Haftungsverhältnisse; vgl. Reinhardt, NJW. 52, 442.

Anspruch zu nehmen. Hier greift der Gedanke Platz, daß der Gleichheit von Organisation, Mittel und Zweck, also der Kontinuität des körperschaftlichen Gebildes, der Vorrang gegenüber formal-juristischen Wandlungen in der Person des Trägers des Aufgabenkomplexes gegeben wird. Dieser Gedanke beruht auf der sogenannten Identitätstheorie, nach welcher der nicht rechtsfähige Verein bzw. die Vorgesellschaft und die jeweils aus diesen körperschaftlichen Gebilden hervorgegangene juristische Person als identische Rechtsgebilde angesehen werden. [98] Darin besteht aber gerade der wesentliche Unterschied zur Funktionsnachfolge, die gerade nicht unter dem Gesichtspunkt der Rechtsidentität in Erscheinung tritt, sondern den Übergang eines Aufgabenbereichs einschließlich Rechten und Pflichten auf ein anderes Rechtssubjekt voraussetzt. [99] Die Verhältnisse bei der Umwandlung eines nicht rechtsfähigen Vereins eine juristische Person können daher zur rechtsdogmatischen Begründung der Funktionsnachfolge nicht herangezogen werden.

e) §§ 233 ff. Akt.G.

Als rechtsdogmatischer Anknüpfungspunkt für die Funktionsnachfolge kommen ferner die Bestimmungen der §§ 233 ff. Akt.G. in Betracht.[100] In den hier geregelten Fällen erlischt eine juristische Person als Rechtssubjekt, dessen Substanz jedoch von einem neuen Rechtssubjekt aufgenommen wird. Aus der Übernahme der Substanz ergibt sich für den neuen "Substanzträger" die Verpflichtung, für Verbindlichkeiten des

---

98) vgl. Oertmann, Anm. 6b zu § 21 BGB; Planck-Knoke, Anm. 8 zu § 21 BGB; Staudinger - Coing, Anm. 34 ff. zu § 21 BGB; Planck - Knoke, Anm. 8; Oertmann, Anm. 6 b; RGRK. Anm. 1; Soergel-Siebert, Vorbemerkung 2, alle zu § 21 BGB; Müller-Erzbach, S. 188 ff; Lehmann, § 60/II; RGZ. 85, 256; RG. Seuff. Arch. 77, Nr. 53; 67, Nr. 171; OLG. Celle, OLG. 20,28; OLG. Hamburg, Seuff. Arch. 56, Nr. 241;

99) Steinbömer, S. 87; so Scheuner, Festschrift für Nawiasky, S. 34;

100) vgl. Däubler, NJW. 54, 8; Reinhardt, NJW. 52, S. 443;

alten Substanzträgers einzustehen. Wenn auch bei der Verschmelzung zweier juristischer Personen gemäss §§ 233 ff.Akt.G. die Übernahme von Vermögensmassen der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft im Vordergrund steht, so liegt darin dennoch keine bloße Vermögensübernahme. Die §§ 233, 248, 249 Abs. 2, 250 Abs. 2, 251, 252 Abs. 2 sowie 253 Akt.G. bestimmen ausdrücklich, daß die übernehmende Gesellschaft alle Rechte und Verbindlichkeiten, die mit der übernommenen Substanz der als Rechtsperson erloschenen Gesellschaft zusammenhängen, übernommen hat. Damit hat das Gesetz eine Kontinuität der Rechtsbeziehungen trotz Wechsels des Rechtsträgers zum Ausdruck gebracht, ein Gedanke, auf dem auch die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge beruht. Mit Recht hat aber Steinbömer [101] darauf hingewiesen, daß die Verschmelzung trotz ihres Charakters als Gesamtnachfolgetatbestand nicht voraussetzt, daß die übernehmende Gesellschaft den Aufgabenbereich der fortgefallenen Rechtsperson fortsetzt.[102] Die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge stellt aber wesentlich darauf ab, daß trotz des Wegfalls des Funktionsträgers als Rechtsperson dessen Funktionsbereich von der neuen Rechtsperson fortgeführt wird. Tragender Gedanke der Funktionsnachfolge ist das Prinzip der Fortführung eines Funktionsbereichs. Das ist der Grund dafür, daß die Funktionsnachfolge die Kontinuität von Organismus, Mittel und Zweck als ausschlaggebend ansieht.
Tragender Gedanke der Verschmelzung ist die Kapitalanlage oder Verstärkung der Kapitalmacht; die Verschmelzung hat also lediglich einen wirtschaftlichen Zweck und bedeutet im wesentlichen eine Finanzoperation. Aufgrund dieser wesentlichen Unterschiede kommt die Verschmelzung als allgemeine rechtsdogmatische Grundlage der Funktionsnachfolge nicht in Betracht.
)

---

101) Seite 76;
102) Staudinger - Boehmer, Anm. 11, 44 zu § 1922 BGB; Weipert, Anm. 1 zu § 233 Akt.G.;

f) § 419 BGB.

Als rechtsdogmatischer Anknüpfungspunkt der Funktionsnachfolge könnte § 419 BGB. geeignet sein. Auch § 419 BGB. will eine Gefährdung der Gläubiger durch einen Wechsel in der Rechtsperson des Vermögensträgers vermeiden. Aus diesem Grunde bestimmt § 419 BGB, daß der neue Rechtsträger, der das gesamte Vermögen des alten übernommen hat, auch verpflichtet ist, für dessen Verbindlichkeiten einzustehen. Für die Frage des Einstehens für Verbindlichkeiten des früheren Vermögensträgers wird also nicht auf dessen Rechtsperson abgestellt, sondern darauf, daß die Substanz des früheren Vermögensträgers auf ein anderes Rechtssubjekt gewechselt ist. Dieser Gedanke taucht auch bei der Funktionsnachfolge auf. Es darf aber der wesentliche Unterschied nicht übersehen werden, daß die Regelung in § 419 BGB. allein auf die bloße Vermögensübernahme abstellt, die Funktionsnachfolge aber auf die Übernahme eines Funktionsbereichs eines anderen Rechtssubjektes, wobei ein Vermögensübergang von sekundärer Bedeutung ist. Daher scheidet auch § 419 BGB. als rechtsdogmatische Grundlage der Funktionsnachfolge aus.

g) Die Verbandsnachfolge.

Einen bemerkenswerten Gesichtspunkt zur Erfassung der rechtsdogmatischen Grundlage der Funktionsnachfolge hat Steinbömer[103)] herausgearbeitet, indem er den Gedanken der sogenannten "Verbandsnachfolge" herangezogen hat. In Anlehnung an die für den Begriff der Verbandsnachfolge grundlegenden Ausführungen Otto von Gierkes über das rechtliche Schicksal der

---

103) Die Funktionsnachfolge, Seite 71 ff.;

"Verlassenschaft einer Verbandsperson" [104] ist unter einer Verbandsnachfolge eine eigenartige, sozialrechtliche Sukzession als Folge einer Übernahme des Lebensbereichs und Lebenszwecks eines untergegangenen sozialen Organismus durch ein neues Rechtssubjekt zu versehen.[105] Dieser Gedanke liegt der in den §§ 45 Abs. 3, 46 BGB. getroffenen Regelung zugrunde, wenn der Staat die Zwecksetzung des erloschenen Vereins unter Eintritt in die gesamte Rechts- und Pflichtenstellung fortsetzen soll. Hier tritt eine neue Rechtsperson in die gesamte funktionale Position einer untergegangenen juristischen Person als Folge der Fortführung des Lebensbereichs und Lebenszwecks der bisherigen Organisation.
Derselbe Gedanke ist auch in der staatsvertraglichen Überführung der Deutschen Eisenbahnen von den Ländern auf das Deutsche Reich zu finden.[106] Nach § 1 Abs. 2 des Vertrages übernahm das Reich mit den Eisenbahnunternehmen der Länder auch die damit verbundenen Rechte und Pflichten.
In gleicher Weise gingen mit dem Übergang des Eisenbahnwesens auf die Deutsche Reichsbahn und von da aus auf die Deutsche Eisenbahngesellschaft [107] als selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts auch die mit dem Sachbereich verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten auf den neuen Aufgabenträger unter Aufrechterhaltung ihrer Zweckwidmung über.[108] Dieselben Grundsätze sind im Verhältnis der Deutschen Reichsbahn zur Deutschen Bundesbahn für das Gebiet der Bundesrepublik anerkannt worden.[109]

---

104) Genossenschaftstheorie, S. 854 ff.;
105) vgl. von Gierke S. 859, 864, 865;
106) RGBl. 1920 I S. 773;
107) RGBl. 1924 II S. 272;
108) § 5 Abs. 4 des Reichsbahngesetzes, vgl. auch RGZ. 114, 97;
109) BGHZ. 1, 34, OLG. Celle MDR. 51, 625; OLG. Frankfurt MDr. 51, 688; KG. NJW. 50, 75; Giese, DRZ. 50, 104;

In diesem Zusammenhang ist ferner auf die Regelungen in § 2 der Gauwirtschaftskammerverordnung [110] und § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Auflösung der Gauwirtschaftskammer Berlin [111] hinzuweisen, in denen Aktiva und Passiva einer fortgefallenen Rechtsperson von derjenigen neuen übernommen wird, die den Lebensbereich der alten fortführt.[112] Ähnliche Regelungen wurden in § 7 der Verordnung über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes [113] getroffen sowie §§ 2, 3 des Berliner Gesetzes über die Auflösung der Organisationen der gewerblichen Wirtschaft.[114]

Die Grundlage dieser Regelungen bildet der Gedanke, daß sich aus dem Eintritt in die gesamte Lebensstellung einer untergegangenen Rechtsperson sowie der Fortsetzung ihres Aufgabenbereichs und Lebenszwecks als Rechtsfolge auch der Übergang der mit dem Aufgabenbereich verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten des Aufgabenvorgängers ergibt.

Auch die Funktionsnachfolge bezeichnet einen Vorgang, bei dem der Funktionsnachfolger Aufgabenbereich und Lebenszweck der Funktionsvorgängers fortsetzt. Auch die Funktionsnachfolge hat den Zweck, die durch den Wegfall eines Funktionsträgers entstandene Lücke zu schließen. Es besteht aber ein wesentlicher Unterschied zwischen der Rechtsfigur der Verbands- und der Funktionsnachfolge. Die Verbandsnachfolge setzt den Untergang eines Verbandes als Rechtsperson voraus und bezeichnet den Eintritt einer neuen Rechtsperson in die gesamte Lebensstellung und den Lebenszweck der fortgefallenen.

---

110) vom 2o. 4. 1942, RGBl. 1942, I, S. 189;
111) vom 3o. 6. 1955, GVBl. 1955, 445;
112) so auch für Baden-Württemberg Landesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Industrie- u. Handelskammer v. 17. 10. 1951 (GVBl. 1951, 184) für Schleswig-Holstein, Gesetz über die Auflösung der Gauwirtschaftskammer Schleswig-Holstein und der Wirtschaftskammer Kiel v. 23. 2. 1954 (GVBl. Schleswig-Holstein, 1954, 41);
113) vom 8. 12. 1933 (RGBl. 1933 I S. 1660);
114) vom 2o. 1. 1956 (GVBl. 1956, I S. 87).

Dagegen setzt die Funktionsnachfolge nicht notwendig den Untergang des Funktionsträgers als Rechtsperson voraus, sondern nur den Wechsel des Trägers eines Funktionsbereichs. Das Schicksal des Rechtsträgers als Rechtsperson ist für die Funktionsnachfolge dogmatisch belanglos. Damit steht in Zusammenhang, daß der Funktionsnachfolger nicht notwendigerweise in die gesamte Lebensstellung des Funktionsvorgängers eintritt, wie bei der Verbandsnachfolge, sondern nur insoweit, als er Funktionen des alten Funktionsträgers übernommen hat. Die Verbandsnachfolge ist auf eine subjektlose "Verlassenschaft" als wesensmässige Voraussetzung abgestellt, die Funktionsnachfolge stellt dagegen auf einen Wechsel in der Person des Trägers einer Funktion ab. Daher kommt der Gedanke der Verbandsnachfolge trotz weitgehender Gemeinsamkeiten als rechtsdogmatische Grundlage der Funktionsnachfolge nicht in Betracht.

h) Das Gesetz zu Art. 131 Grundgesetz.

Als rechtsdogmatische Grundlage der Funktionsnachfolge könnte auch das Gesetz zu Art. 131 GG. in Betracht kommen, in dem der Gedanke der Funktionsnachfolge seine deutliche Ausprägung gefunden hat,[115] indem es für die Frage der Versorgungslast für Beamte fortgefallener Dienststellen darauf abstellt, welche Dienststelle die Aufgaben der fortgefallenen übernommen hat. Dieses Gesetz stellt aber ganz speziell auf die beamtenrechtlichen Verhältnisse ab, so daß der Ansicht Steinbömers[116] zuzustimmen ist, daß dieses Gesetz für eine allgemeine rechtsdogmatische Begründung der Funktionsnachfolge nicht verwendet werden kann.

---

115) Ambrosius - Löns - Rengier, Anm. 12a zu § 1; Anders, Anm. 7 zu § 1;
116) S. 41;

i) Die Kontinuität der öffentlichen Verwaltung.

Ein wesentlicher Gesichtspunkt für die rechtsdogmatische Begründung der Funktionsnachfolge könnte sich aus Wesen und Struktur der öffentlichen Verwaltung ergeben.
Schon Loening [117] folgert aus der Fortführung von Verwaltungsaufgaben des Reiches durch das Land Thüringen die Haftungsverpflichtung des Landes für alte, mit dem übernommenen Aufgabenbereich zusammenhängende Verbindlichkeiten, deren Erfüllung zur ordnungsgemässen Verwaltung der übernommenen Aufgaben gehört.
Denselben Gedanken hat Schröer [118] speziell für die Amtspflichtverletzungen von Justizbeamten aufgenommen.
Vor allem Reinhardt [119] hat diesem Gedanken der rechtsdogmatischen Begründung der Funktionsnachfolge aus der Kontinuität der öffentlichen Verwaltung grosses Gewicht beigelegt. Er hat dazu grundlegend ausgeführt, daß im geltenden Privatrecht für die Kontinuität der Rechtsverhältnisse nicht allein die formale Gleichheit der Rechtsperson maßgebend ist, sondern vielfach die materielle Gleichheit der Organisation, der Mittel und des Zwecks. Dieser Gedanke müsse erst recht für den Träger der öffentlichen Verwaltung gelten, denn in seiner Person nehme die organisierte Gemeinschaft am Rechtsleben teil, und die Allgemeinheit sei in viel stärkerem Maße auf die Kontinuität der Rechtsverhältnisse angewiesen, als es im Bereiche des Privatrechts der Fall sei. Die Kontinuität der für jedes Gemeinwesen notwendigen Verwaltung in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben umfasse auch die Kontinuität der zur Erfüllung dieser Aufgaben eingegangenen Verbindlichkeiten.[120] Mit Recht weist Reinhardt darauf hin, daß die öffentliche Verwaltung begrifflich notwendigerweise das Moment der Kontinuität zum Inhatl hat. Nur wenn die Fortwirkung der Verwaltung gewährleistet ist, kann sie ihrer Bestimmung gerecht werden. Das wird deutlich am Unterschied zwischen Verwaltung und Justiz.

---

117) DRZ. 46, 132;
118) DRZ. 48, 228;
119) NJW. 52, 443;
120) so auch BGHZ. 8, 179, 180; OVG. Münster, Verw. Rspr. 5, 198;

Die Rechtsakte und Tathandlungen der Verwaltung sind nicht auf einen abgegrenzten Tatbestand des Soziallebens konzentriert, sondern auf die Sozialordnung in ihrer Gesamtheit bezogen. So formuliert Forsthoff [121] "die Verwaltung ist kontinuierliche Gestaltung in die Zukunft hinein." Das Kontinuitätsmoment der öffentlichen Verwaltung wird besonders im Verhältnis zur Verfassung sicht-bar. Das Verfassungsrecht nimmt in hohem Maße für sich in Anspruch, etwas Dauerhaftes, Endgültiges zu sein. Die tragenden Verfassungsgrundgedanken werden sogar für unabänderlich erklärt.[122] Verwaltung bedeutet dagegen gestaltende Tätigkeit. Trotzdem ist die Kontinuität der Verwaltung weitaus stärker als die der Verfassung, so daß Forsthoff [123] von einer "faktischen Umkehrung im Verhältnis der Konsistenz" spricht. Der Grund dafür liegt darin, daß die Verwaltung auf Bewegung und Veränderungen abgestellt ist und daher große Anpassungsfähigkeit besitzt. Im Gegensatz zur Verfassung ist die Verwaltung nicht an ein bestimmtes politisches System gebunden, dessen Änderung sich wohl auf die Verfassung, nicht aber unbedingt auf die Verwaltung auswirken muß. Gerade in Krisenzeiten besteht eine besondere Notwendigkeit der Kontinuität der Verwaltung als Träger staatlicher Tätigkeit und Vorsorge, von der in modernen, dichtbevölkerten Staaten die einzelnen Staatsbürger abhängen. Ein Ausfall der Verwaltung würde eine Bedrohung der Existenz der Staatsbürger bedeuten und zur Vernichtung jeder Ordnung in einem Gemeinwesen führen. Das zu vermeiden liegt selbst im Interesse tiefgreifender politischer und verfassungsmässiger Reformbewegungen. Mit Recht weist daher Reinhardt [124] darauf hin, daß eine kontinuierliche Verwirklichung öffentlicher Aufgaben nicht durchführbar ist, wenn die Rechtsverhältnisse der hoheitlichen Verwaltung bei einem Wechsel der Funktionsträger

---

121) Verwaltungsrecht, S. 7;
122) vgl. Art. 79 Abs. 3 GG.; Art. 150 Hess.Verf.; Art. 85 Bad. Württ. Verf.; Art. 129 der Verf. v. Rhld.-Pfalz; Art. 92 Bad.Verf.;
123) Verwaltungsrecht, S. 12;
124) NJW. 52, 443; RdA. 54, 44;

erlöschen oder beeinträchtigt werden. So kommt Reinhardt zu dem Schluß, daß sich aus der "Kontinuität der für jedes Gemeinwesen unumgänglich notwendigen Erfüllung öffentlicher Aufgaben die Kontinuität der Rechtsverhältnisse ergibt, die zur Durchführung dieser Verwaltung auch in der Vergangenheit eingegangen sind".

Dagegen kann nicht eingewandt werden, daß damit Sollen und Sein miteinander identifiziert werden. Jeder Rechtssatz gründet sich auf einen besonderen sozialen Sachverhalt und findet seine Rechtfertigung darin, "daß das Sollen aus dem Sein erwachsen ist und nur um des letzteren Willen entsteht." [125] Daher können gegen die Zulässigkeit der Folgerung von der Kontinuität der öffentlichen Verwaltung auf die Kontinuität der bei ihrer Durchführung begründeten Rechtsverhältnisse keine Bedenken hergeleitet werden. "Das Kontinuitätsmoment in den Aufgaben öffentlicher Verwaltung ist", wie Steinbömer ausführt, [126] "ein grundlegendes soziologisches Faktum, das von der Rechtsordnung nicht übersehen werden darf." Auf diesem Gedanken beruht auch die Regelung in Art. 134, 135 GG., die besagt, daß Vermögen des Reiches, von nicht mehr bestenenden Ländern oder von Verwaltungskörperschaften, soweit es für bestimmte Aufgaben vorgesehen war, dem jetzigen Aufgabenträger zuzordnen ist. Die Kontinuität der öffentlichen Verwaltung begründet also jedenfalls den Übergang der mit dem Aufgabenbereich des alten Funktionsträgers verbundenen Aktiva auf den Funktionsnachfolger.

Es fragt sich, ob aus dem Gedanken der Kontinuität der öffentlichen Verwaltung auch der Übergang der mit dem Sachbereich verknüpften Verbindlichkeiten auf den neuen Funktionsträger begründet werden kann. So weist Steinbömer [127] darauf hin, daß das Kontinuitätsmoment der öffentlichen Verwaltung im wesent-

---

125) Köttgen S. 9; vgl. Steinbömer S. 44;
126) S. 45;
127) S. 45.

lichen auf Zweckmässigkeitsgründen beruht. Es ist zwar zu kontinuierlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben äußerst zweckmässig und daher erforderlich, daß der neue Träger öffentlicher Verwaltungsaufgaben die Aktiva des alten übernimmt, nicht aber, daß er auch die Verbindlichkeiten und Pflichten mit übernimmt. Der Funktionsnachfolger besitzt vielmehr eine größere Leistungsfähigkeit, wenn er mit den Verbindlichkeiten des Funktionsvorgängers nicht belastet ist. Da aber der Übergang von Rechten und Pflichten eines alten Funktionsträgers auf den neuen für die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge wesentlich ist, kann die Kontinuität der öffentlichen Verwaltung als rechtsdogmatische Grundlage für die Funktionsnachfolge nicht voll herangezogen werden.

k) Der Begriff der Zuständigkeit.

Die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge könnte im Begriff der "Zuständigkeit" eine rechtsdogmatische Begründung finden. Vor allem das Oberverwaltungsgericht Münster [128] hat diesen Weg beschritten. Unter Zuständigkeit sind einmal die einem Träger hoheitlicher Aufgaben zugewiesenen Kompetenzen zu verstehen, die für die unmittelbare Staatsverwaltung die alleinige Funktionsgrenze bilden.[129] Für die Träger mittelbarer Staatsverwaltung bedeutet die Zuständigkeit noch eine weitere Beschränkung ihrer Funktionsgrenze aufgrund der "Begrenztheit ihrer Zwecke und Aufgaben"; jeder Träger mittelbarer Staatsverwaltung ist also nur innerhalb seines Wirkungskreises zu rechtswirksamem Handeln befugt. [130]

---

128) Verw. Rechtsprechung 5, 185 ff.;
129) Forsthoff S. 422;
130) Fleiner, Institutionen, S. 108; O.v.Gierke, S. 630 ff.; Steinbömer, S. 46; RG. Seuff. Arch. 40 Nr. 271; Recht, 1907 Nr. 2497;

Ein Zuständigkeitsbereich umfasst wesensmässig nicht nur Rechte und Befugnisse, sondern auch Verpflichtungen, die mit den Rechten und Befugnissen in so engem Zusammenhang stehen, daß weder einzelne Rechte noch einzelne Pflichten herausgelöst werden können. "Soweit ein Staatsorgan zur Ausübung der Reichsgewalt zuständig ist", so formuliert das OVG. Münster, [131] "bezieht sich seine Zuständigkeit auf Rechte unf Pflichten gleichermassen." Die Zuständigkeit umfaßt also aktive und passive, nicht voneinander zu lösende Aufgaben.

Auch nach Stödter [132] darf ein Staatsorgan, das wiederhergestellte Reichsgewalt ausübt, nicht etwa nur die mit seinem Funktionsbereich verbundenen Rechte in Anspruch nehmen, die damit verbundenen Verbindlichkeiten aber ablehnen. Sie soll gelten, soweit nicht die Besatzungsmächte ausdrücklich Gegenteiliges bestimmt haben. Dieser Gedanke einer unlöslichen Verknüpfung von Rechten und Pflichten eines Zuständigkeitsbereiches ist auch bei der Auflösung des Landes Preussen und der Errichtung der Länder Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Lippe in Erscheinung getreten.[133] Der Begriff der Zuständigkeit umfasst Rechte und Befugnisse einerseits sowie Pflichten und Verbindlichkeiten andererseits als einen unlösbar miteinander verbundenen Komplex. Mit dem Übergang des Zuständigkeitsbereichs auf einen anderen Träger öffentlicher Aufgaben kann daher der mit dem Zuständigkeitsbereich verbundene Komplex von Rechten, Befugnissen, Pflichten und Verbindlichkeiten nur in seiner Gesamtheit übergehen. Im Begriff der Zuständigkeit ist daher

---

131) Verw. Rechtsprechung 5, 196;
132) Dtschl.Rechtsl. S. 220;
133) vgl. KRG. Nr. 46; VO. Brit. Mil.Reg. 46,55, 77; Abl. Brit. Mil. Reg. 1946, Nr. 13, S. 303, Nr. 15, S. 341, Nr. 16, S. 411.

eine allgemeine rechtsdogmatische Grundlage für den Gedanken der Funktionsnachfolge zu finden, daß mit der Verlagerung eines Funktionsbereichs auf einen neuen Rechtsträger auch der mit dem Funktionsbereich verknüpfte aktive und passive Rechtsbestand in seiner Gesamtheit übergeht. Der neue Funktionsträger tritt in die gesamte Rechtsposition seines Funktionsvorgängers ein, soweit er dessen Funktionsbereich und hiermit dessen Substanz in sich aufgenommen hat, um in diesem Rahmen Lebenszweck und Aufgaben des Funktionsvorgängers kontinuierlich zu verwirklichen. Hier ergeben sich sehr enge Berührungspunkte mit der Verbandsnachfolge, die aus der Aufnahme der gesamten Substanz einer fortgefallenen Rechtsperson durch Eintritt eines anderen Rechtssubjektes in ihre gesamte Lebensstellung, ihren Lebenszweck und ihren Aufgabenbereich die Folgerung zieht, daß damit auf den neuen Rechtsträger auch die Rechte und Verbindlichkeiten übergegangen sind. Entscheidend für eine Haftungsverpflichtung des neuen Aufgabenträgers für frühere Verbindlichkeiten ist nicht die formale Anknüpfung an die Rechtspersönlichkeit, sondern die tatsächliche Fortsetzung von Stellung, Aufgabenbereich und Zweck eines anderen Rechtsträgers.

In diesem Zusammenhang ist auf die treffenden Ausführungen in einem Erlaß des nordrhein-westfälischen Finanzministers vom 16. 9. 1947 [134)] hinzuweisen, in dem zu der Frage Stellung genommen wird, wer im Verhältnis von Reich, Ländern, Gemeinden und anderen Personen des öffentlichen Rechts die Versorgungslasten zu tragen hat. Es wird darin festgestellt, daß die Verlagerung von Aufgaben und Verwaltungszweigen zwischen Reich, Ländern, Gemeinden und anderen Personen des öffentlichen Rechts zu einem "Zustand der Rechtsunsicherheit und Gesetzeslücke" geführt habe.

---

134) Grundsätze der Landesregierung v. Nordrhein-Westfalen f.d. Bearbeitung der Beamten- u. Personalangelegenheiten 1948, S. 170.

Die öffentlichen Aufgaben als Ausfluß der Staatshoheit bildeten eine Einheit. Die äußere Rechtsform des Trägers der Staatshoheit, insbesondere des Trägers einzelner Verwaltungszweige, sei im Laufe der geschichtlichen Entwicklung einem Wechsel zwischen Reich, Ländern und Gemeinden unterworfen. "Das Bleibende ist die einzelne Staatsaufgabe". Derjenige, dem die Ausübung anvertraut sei, trage die damit verbundenen Lasten. Auch wenn eine formelle gesetzliche Universalnachfolge nicht stattgefunden habe, trete der Nachfolger im Aufgabenkreis eine tatsächliche Nachfolge zumindest in die laufenden Rechte und Pflichten des [illegible], fortgefallenen oder noch existierenden Aufgabenträgers an. Das trifft genau den Grundgedanken der Funktionsnachfolge. Der auf der Struktur der öffentlichen Verwaltung beruhende Begriff der Zuständigkeit ist daher als allgemeine rechtsdogmatische Grundlage der Funktionsnachfolge zu betrachten.

1) Der Rechts- und der Sozialstaatsgedanke.

Auch aus dem Rechts- und dem Sozialstaatsgedanken könnte sich eine rechtsdogmatische Begründung der Funktionsnachfolge herleiten lassen. Unter Rechtsstaat ist ein Staat zu versehen, dessen Handlungsmaxime die Erlangung und Erhaltung der materiellen Gerechtigkeit ist. Wesentlicher Grundsatz des Rechtsstaates ist es, daß dem Bürger Rechtspositionen, die er bereits erworben hat, nicht ohne sachliche Notwendigkeit entzogen werden können. Es würde daher der Rechtsstaatlichkeit widersprechen, wenn einem Bürger durch eine staatsinterne Zuständigkeitsverschiebung, auf die er keinen Einfluß hat, die Rechtspositionen genommen würden, die er gegenüber dem früher zuständigen Träger staatlicher Aufgaben gehabt hat. Die Rechtsstaatlichkeit verbietet daher sachliche Benachteiligungen durch formale, staatsinterne Maßnahmen wie die Verschiebung der Zuständigkeit eines Trägers staatlicher Aufgaben auf den anderen. So führt der Bundesgerichts-

hof [135] aus, daß das Vertrauen auf die mit der fortbestehenden Funktion der Behörde verbundenen notwendigen Garatien es erfordere, daß sie trotz Wechsels des Funktionsträgers erhalten blieben. Mit dem Übergang der Funktionen müsse auch der Übergang der ihr innewohnenden Verbindlichkeiten angenommen werden.
Denselben Gedanken bringt Coing [136] zum Ausdruck, wenn er ausführt, es gehöre zu einem an rechtsstaatliche Prinzipien gebundenen Staat, daß das Vertrauen der Bürger in die Kontinuität der Verwaltung geschützt werde. Der neue, fortführende Verwaltungsträger müsse daher auch Verbindlichkeiten des früheren Verwaltungsträgers übernehmen. Auf diesem Gedanken beruht auch die Funktionsnachfolge. Hier kommt der Grundsatz einer verstärkten Garantie- und Risikoübernahme des Staates für die Ausübung seiner Funktionen aufgrund seiner Rechtsstaatlichkeit zum Ausdruck, der einer allgemeinen Tendenz auf dem Gebiete der Staatshaftung entspricht. [137]
In diesem Zusammenhang ist auch auf das Sozialstaatsprinzip hinzuweisen, welches besagt, daß der Staat nach den Grundsätzen der sozialen Gerechtigkeit aufgebaut sein und funktionieren soll. Das bedeutet, daß der Staat aufgerufen ist, jeder Gruppe der Bevölkerung die ihr zukommenden Rechte einzuräumen und die wirtschaftliche Lebensfähigkeit zu sichern. [138] Wenn auch im einzelnen die Ausgestaltung dieses Verfassungsprinzips streitig ist, [139] so besteht doch Übereinstimmung darüber, daß die Verfassung dem Staat die vorgenannten Grundsätze als Richtschnur seines Handelns aufgezeigt hat. Im Staat wird in steigendem Maße als Ausfluß seiner Sozialstaatlichkeit der Garant des Sicherheitsbedürf-

---

135) BGH. 8, 179, 180;
136) NJW. 54, 819;
137) vgl. insb. Forsthoff, S. 281, 282, 285; Scheuner, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 345;
138) Maunz, S.58; von Mangoldt-Klein, Anm. VII 3 zu Art. 20 GG;
139) vgl. Grewe, DRZ. 49, 351; Klein, Z. Ges.Staats.Wiss. 106, 403 f; gegenüber Menger, Abendroth, AÖR. 76,1; Düring, JZ. 53, 193; Bachof, VDStRL. 12, 37;

nisses der einzelnen Staatsbürger gesehen; vor allem in Krisenzeiten wird vom Staat Hilfe erwartet. Gerade bei Veränderungen verfassungs- und verwaltungsorganisatorischer Art verlangt das Sicherheitsbedürfnis der Staatsbürger die Kontinuität der Rechtsverhältnisse beim Staat und seinen Verwaltungsträgern und damit die unveränderte Fortsetzung der Rechtsverhältnisse, die von den früheren Verwaltungsträgern im Rahmen ihres Aufgabenbereiches begründet worden sind. Diesem Sicherheitsbedürfnis der Staatsbürger will auch das Institut der Funktionsnachfolge Rechnung tragen. Es leitet daher aus dem Rechts- und dem Sozialstaatsprinzip eine innere Rechtfertigung her. Für die rechtliche Konstruktion der Funktionsnachfolge ist aber entscheidend die Zuständigkeit des neuen Trägers staatlicher Aufgaben, dem mit der Zuständigkeit auf dem Gebiete alle damit sachlich zusammenhängenden Rechte aber auch Pflichten zu-fallen.

5. Anwendungsbereich der Funktionsnachfolge.

a) Beschränkung auf das öffentliche Recht.

Aus der rechtsdogmatischen Anlehnung der Funktionsnachfolge an den verwaltungsrechtlichen Begriff der "Zuständigkeit" und damit an die Struktur der öffentlichen Verwaltung ergibt sich: Eine Erfüllungspflicht alter Verpflichtungen durch den neuen Funktionsträger setzt die Übernahme von Funktionen des alten durch den neuen Funktionsträger im Bereiche der öffentlichen Verwaltung bzw. die Übernahme hoheitlicher Funktionen voraus und beschränkt somit das Anwendungsgebiet der Funktionsnachfolge auf das öffentliche Recht.[140)]

---

140) so Scheuner, Festschr. f. Nawiasky S. 34; Däubler, NJW. 54,8; Reinhardt, NJW. 52, 441; Ambrosius - Löns - Rengier, Anm. 3 zu § 61; Anders, Anm. 2 zu § 61; BGHZ. 16, 188; BAG. JZ. 58, 632; OLG. Stuttgart, NJW. 54, 277; OVG. Münster, Verw.Rechtspr. 5, 197; Darüber hinaus vertritt Möhring, BB. 54, 633 die Ansicht, daß der Begriff der Funktionsnachfolge "als tragender Pfeiler unserer gesamten Rechtsordnung auch auf privatrechtlichem Gebiet Anwendung finden könne.

b) Wechsel des Funktionsträgers.

Schon der Wortlaut Funktions-"nachfolge" weist darauf hin, daß der Träger der Funktion gewechselt hat. Ein Wechsel liegt zunächst dann vor, wenn der alte Funktionsträger untergegangen ist.
Es erhebt sich die Frage, ob im Gegensatz zur allgemeinen Rechtsnachfolge auch dann eine Funktionsnachfolge möglich ist, wenn der alte Funktionsträger als Rechtsperson bestehen geblieben ist. Heegner[141] vertritt die Ansicht, daß eine Haftung aus Funktionsnachfolge nicht möglich sei, wenn der Funktionsvorgänger in seiner Rechtspersönlichkeit fortbestehe. Er wendet sich dagegen, daß trotz Fortbestehens des Funktionsvorgängers als Rechtsperson und damit des Trägers der alten Verbindlichkeiten, die aus der Ausübung der inzwischen auf ein anderes Rechtssubjekt übergegangenen Funktion stammen, durch die Funktionsnachfolge ein weiteres Rechtssubjekt in Gestalt des Funktionsnachfolgers für diese Verbindlichkeiten haften soll.
Der Rechtsbegriff der Person des Funktionsvorgängers werde aufgelöst, wenn darauf abgestellt werde, wer tatsächlich Träger der einzelnen Funktionen sei.
In dem Einwand Heegners liegt insofern ein richtiger Kern, als die Annahme einer Haftung aus Funktionsnachfolge zu einem Eingriff in die Pflichtensphäre des als Rechtsperson verpflichteten Funktionsvorgängers führt. Die Ansicht Heegners führt zu dem Ergebnis, daß der neue Rechtsträger, der durch die Übernahme von Hoheitsrechten, Aufgaben nebst dazugehörigem Vermögen sowie Verwaltungsapparat eines anderen Rechtssubjektes in erheblichem Umfang in dessen Lebensstellung, Lebenszweck und Aufgabenbereich eingetreten ist und damit wesentliche Teile der "Substanz" des alten Funktionsträgers in sich aufgenommen hat, nicht aus dem Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge haftbar sein soll, weil der Rechtsvorgänger formell nicht

---

141) NJW. 54, 901.

fortgefallen ist. Der neue Funktionsträger soll zwar alle Aktivposten aus dem Funktionsübergang für sich in Anspruch nehmen, wegen der auf dem übernommenen Funktionsbereich lastenden Pflichten und Verbindlichkeiten aber auf den alten Funktionsträger verweisen können, da der alte Funktionsträger als Rechtsperson formell erhalten geblieben ist, obwohl seine "Substanz" weitgehend auf eine andere Rechtsperson übergegangen ist.

Die Unbilligkeit dieses Ergebnisses liegt auf der Hand. Sie beruht darauf, daß tatsächliche Verlagerungen von Aufgabenkomplexen mit Rechten und Pflichten unberücksichtigt bleiben. Mit dem Übergang von Hoheitsrechten und Funktionen mit dazugehörigem Vermögen und Verwaltungsapparat sind Teile der Substanz eines Rechtssubjekts, des Funktionsvorgängers herausgelöst und in die Rechtssphäre eines anderen Rechtssubjektes, des Funktionsnachfolgers, übergegangen. Diese Änderungen in dem Rechtsbestand eines Rechtsträgers verlangen auf der anderen Seite eine entsprechende Berücksichtigung bei der Zuordnung der Verbindlichkeiten, soweit sie mit dem übernommenen Zuständigkeitskomplex zusammenhängen. Eine treffende rechtliche Bewertung dieser Veränderungen ist aber aus dem formalen Rechtsbegriff der Rechtsperson des Dunktionsvorgängers nicht möglich.[142] Das liegt daran, daß das Fortbestehen des Funktionsvorgängers als Rechtsperson ganz unabhängig von dem Fortbestehen der ihr zugeordneten Funktionen ist. Das wird besonders deutlich an der Umwandlung des Deutschen Reiches vom Einheits- in einen Bundesstaat. Diese Umwandlung hat die Rechtsperson des Deutschen Reiches nicht berührt, obwohl der Umfang der ihr zugeordneten Funktionen erheblich eingeschränkt worden ist. Die Kontinuität als Rechtsperson stimmt

---

142) Thieme, S. 14; Krüger, SJZ. 50,120; Wacke, Finanzwesen, S. 95; Bogs, RdA. 49,200; Reinhardt, NJW. 52, 441; Scheuner, DVBl. 50,484; Loening, DRZ. 46,132; Lewald, NJW. 51,343; BGH. in BGHZ. 16, 184; NJW. 52, 468; DVBl. 53,218; OLG. Köln, NJW. 52,1301.

mit der Kontinuität als Funktionsträger nicht überein. Der Rechtsbegriff der Person des Funktionsträgers sagt nichts darüber aus, inwieweit sie Träger von Hoheitsrechten und Funktionen geblieben ist. Selbst tiefgreifende Veränderungen im Zuständigkeitsbereich würden unbeachtet bleiben, wenn bei der Frage nach der Verpflichtung zum Einstehen für Verbindlichkeiten aus früher ausgeübten, inzwischen einem anderen Rechtsträger zugeordneten Zuständigkeiten allein auf die formal unverändert fortbestehende Rechtsperson des Funktionsvorgängers abgestellt würde. Eine derartige, formaljuristische Betrachtungsweise wird den tatsächlichen Verlagerungen von Zuständigkeitsbereichen und den damit verbundenen Änderungen des Rechts- und des Pflichtenbestandes eines Rechtsträgers nicht gerecht. Das ist ganz augenscheinlich bei Verbindlichkeiten, die in die Zukunft hineinreichen, wie z.B. bestimmten vertraglich eingegangenen Verpflichtungen.
Diesen Änderungen im Zuständigkeitsbereich eines Rechtssubjektes trägt dagegen die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge Rechnung. Sie stellt nicht auf die formale, durch Verschiebung der ihr zugeordneten Funktionsbereiche auf andere Rechtsträger unberührt bleibende Rechtsperson des Funktionsvorgängers ab, sondern auf die Nachfolge in die Funktion als solche. Die Rechte und Pflichten sind mit dem Zuständigkeitsbereich als solchem verbunden, so daß ein Wegfall der Person des Aufgabenträgers nur insoweit bedeutsam ist, als dadurch der sachliche Aufgabenbereich berührt wird. Die Funktionsnachfolge ist daher nicht davon abhängig, ob der frühere Träger der Funktion als Rechtssubjekt fortbesteht oder nicht. Soweit der alte Funktionsträger als Rechtsperson zwar nicht fortgefallen, aber handlungs- und zahlungsunfähig geworden war, wird allgemein anerkannt, daß für die Zuordnung von Rechten und Pflichten nicht auf die Rechtsperson, sondern die Nachfolge in die Funktion als solche abzustellen ist.[143]

143) Loening, DRZ. 48,228; Thieme, S. 14; Reinhardt, NJW. 52, 441; Däubler, NJW. 54,6; Steinbömer, S. 114; Bogs, RdA. 49,200; Schröer, DRZ. 48,230; Hess.VGH., NJW. 49,634; BGHZ. 8,169,=NJW. 53,381 = BB.53,96 = DVBl. 53,218; BGHZ. 4,266,7,75; 10,125; BGHJZ. 54, 498; BAG. JZ. 58,632.

Die Frage, wem bei Verlagerungen eines staatlichen Aufgabenbereichs die mit diesem Bereich verbundenen Rechte und Pflichten zuzuordnen waren, tauchte vor allem bei dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Staatsaufbaus sowie einer großen Zahl von Organisationen, die mit der Ausübung staatlicher Aufgaben betraut waren, durch die Ereignisse im Jahre 1945 auf . In der Folge wurden Zuständigkeiten des Deutschen Reiches, das als Rechtsperson bestehen geblieben war, von den Ländern übernommen und fortgeführt. Obwohl das Deutsche Reich als Rechtsperson fortbestand, ergab sich für die neuen Träger ehemaliger Aufgabenbereiche des Reiches die Verpflichtung, für die mit den übernommenen Zuständigkeitsbereichen verbundenen Verbindlichkeiten des Deutschen Reiches einzustehen, wie sie auch die Rechte- und Aktivposten des Deutschen Reiches für sich in Anspruch genommen hatten. Es fragt sich, ob das auch für die Fälle gilt, in denen ein Wechsel in der Person des Aufgabenträgers stattgefunden hat, der alte Funktionsträger aber als handlungs- und zahlungsfähiges Rechtssubjekt fortbesteht.

Für die Funktionsnachfolge ist die Rechtsperson des Funktionsvorgängers unmaßgeblich, vielmehr ist allein der Aufgaben- bzw. Zuständigkeitsbereich als solcher von Bedeutung. Es wäre daher nur folgerichtig, wenn eine Haftungsverpflichtung aus dem Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge trotz Fortbestehens des Funktionsvorgängers als haftungsfähiger Rechtsperson gegeben wäre. Die Person des Aufgabenträgers tritt rechtsdogmatisch ganz hinter den quasi verdinglichten Aufgabenbereich zurück. So wird eine Haftungspflicht des Funktionsnachfolgers von Däubler [144)] in all' den Fällen bejaht, in denen für den Gläubiger ein besonderes, schutzwürdiges Interesse daran besteht. In einem solchen Falle begründet die Funktionsnachfolge wie § 419 BGB. eine Schuldmitübernahme. Da bei der Funktionsnachfolge die Haftungsbegründende Tatsache in der Fortführung des Aufgaben- bzw. Zuständigkeitsbereichs als solchem liegt, unabhängig von Ereignissen, die den Funktionsvorgänger als Rechtsperson betreffen,

---

144) NJW 54, [illegible]

wird rechtsdogmatisch die Haftungsverpflichtung des Funktionsnachfolgers auch nicht dadurch beseitigt, daß der Funktionsvorgänger als handlungsfähige Rechtsperson bestehen geblieben ist.

c) Anspruchsgefährdung als Voraussetzung der Heranziehung des Rechtsinstituts der Funktionsnachfolge.

Wenn die Funktionsnachfolge auch nicht darauf abstellt, ob der Funktionsvorgänger als Rechtsperson fortgefallen ist, so ist damit aber noch nicht gesagt, daß trotz Fortbestehens des Aufgabenvorgängers als selbständiger und haftungsfähiger Rechtsperson der Funktionsnachfolger aufgrund der Übernahme des Zuständigkeitsbereiches für die Verbindlichkeiten des alten Funktionsträgers in jedem Falle einzustehen hat. So findet auch nach Däubler die Haftungsverpflichtung des Funktionsnachfolgers immer ihre Grenze in dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, also in der zumutbaren Belastung.[145] Dagegen lehnt der Bundesgerichtshof [146] eine Haftung des Funktionsnachfolgers allgemein in den Fällen ab, in denen der alte Funktionsträger als selbständige und zahlungsfähige Rechtsperson erhalten geblieben ist. In diesen Fällen bestehe keine Notwendigkeit, aus der Funktionsnachfolge einen Rechts- und einen Schuldnachfolgetatbestand herzuleiten, da dem Gläubiger ein haftungsfähiger Schuldner erhalten geblieben sei, so daß eine Gefährdung des Anspruchs des Gläubigers des früheren Funktionsträgers eingetreten sei. Däubler knüpft hiermit an den Zweckgedanken an, welcher der Funktionsnachfolge als Haftungstatbestand wesensmässig zugrunde liegt, nämlich daran, daß die Funktionsnachfolge Gesetzeslücken ausfüllen soll, die durch den tatsäch-

---

145) NJW. 54, 7; so auch Scheuner, Festschrift f. Nawiasky, S. 38; Féaux de la Croix, Die Probl. der Reichsverbindlichkeiten, S. 5 ff."; BGH. DVBl. 53, 218; BAG. JZ. 58, 631;
146) BGHZ. 2,212; 7,88; 8,180; BAG. JZ. 58, 632; Reinhardt, NJW. 52, 442.

lichen Übergang von Aufgaben und Zuständigkeiten zwischen verschiedenen Trägern öffentlicher Aufgaben entstanden sind. Die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge soll verhindern, daß ein Wechsel in der Rechtsperson eines Trägers öffentlicher Aufgaben und Zuständigkeiten dazu führt, daß Rechte und Ansprüche von Gläubigern, die auf diesem Gebiete bestehen, durch eine derartige Änderung gefährdet werden. Die Funktionsnachfolge ist also eine Hilfskonstruktion [147] mit dem Zweck, eine Lücke in der Rechtsordnung zu schließen, die darin besteht, daß Anforderungen der Gerechtigkeit durch einen Wechsel in der äusseren Rechtsperson eines Funktionsträgers gefährdet werden, obwohl der Aufgabenbereich in seiner Substanz unverändert geblieben ist. Aus dem Charakter der Funktionsnachfolge als Hilfskonstruktion ergibt sich wesensmässig die Begrenzung des Anwendungsbereiches auf solche Fälle, bei denen formelle Änderungen in der Person des Funktionsträgers eine Gefährdung der Rechte und Ansprüche der Gläubiger bedeuten. Eine solche Gefährdung ist in aller Regel nicht gegeben, wenn dem Gläubiger ein haftungsfähiger Schuldner in Gestalt des als Rechtsperson fortbestehenden Funktionsvorgängers erhalten bleibt. Es ist daher der Auffassung zuzustimmen, daß der Anwendungsbereich der Funktionsnachfolge ihrem Wesen nach auf solche Fälle beschränkt ist, in denen Rechtspositionen durch den Funktionsübergang gefährdet werden.

Die Funktionsnachfolge ist als Rechtsbegriff zunächst zur Lösung von Haftungsfragen für Schulden des Deutschen Reiches oder ihm untergeordneter Funktionsträger entwickelt worden. Soweit aber eine Haftung in Betracht kommt, ist sie eine Frage der Nichterfüllung von Verpflichtungen, setzt also das Bestehen einer Erfüllungspflicht voraus. Deshalb gelten die Voraussetzungen für die Anwendung der Rechtsfigur in gleicher Weise im Rahmen der Prüfung, ob und inwieweit ein Funktionsnachfolger bestehende Pflichten seines Funktionsvorgängers zu erfüllen hat. Auch hier setzt daher die

---

147) BGHZ. 16, 188.

Anwendbarkeit der Funktionsnachfolge die Gefährdung von Rechten oder Ansprüchen eines Rechtsinhabers durch einen Wechsel in der Rechtsperson des bisherigen Funktionsträgers voraus.

d) Ordnungsmässigkeit der Verbindlichkeiten.

Damit ist aber die Anwendungsmöglichkeit der Funktionsnachfolge noch nicht in abschliessender Weise begrenzt. Aus der Tatsache, daß die Funktionsnachfolge auf den Übergang eines Aufgaben- und Zuständigkeitskomplexes abstellt, ergibt sich, daß der neue Funktionsträger nicht allgemein in die Verbindlichkeiten des Funktionsvorgängers eintritt, sondern nur in solche, die mit dem übernommenen Funktionsbereich verbunden sind, soweit also der Lebensbereich des Funktionsvorgängers als Träger bestimmter hoheitlicher Aufgaben fortgesetzt wird.[148] Das bedeutet, daß aus dem Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge eine Erfüllungs- bzw. Haftungspflicht des neuen Funktionsträgers nur für die Verpflichtungen des alten Funktionsträgers besteht, die der Sache nach zu dem bestimmten, vom Funktionsnachfolger übernommenen Zuständigkeitsbereich gehören.
Das sind vor allem die Verpflichtungen, die aus der ordnungsmässigen Ausübung der Aufgaben erwachsen sind, die dem betreffenden Funktionsträger zugeordnet sind und deren Erfüllung damit zu einer ordnungsgemässen Ausübung des übernommenen Funktionskomplexes gehört.[149] Die Erfüllungs- bzw. Haftungsverpflichtungen aus der Funktionsnachfolge beschränkt sich also einmal auf die Fälle, in denen eine Gefährdung von Rechtspositionen eines Gläubigers durch einen Wechsel in der Person des Aufgabenträgers hervorgerufen wird, zum anderen auf solche Verbindlichkeiten, die sich aus einer ordnungsgemässen Ausübung der Aufgaben des betreffenden Zuständigkeitsbereiches ergeben. Darüber hinaus wird in

148) vgl. auch Däubler, NJW. 54, 7; Steinbömer, S. 48, 49; Scheuner, Festschrift f. Nawiasky, S. 43,44;
149) Steinbömer, S. 49; Loening, DRZ. 46, 132; vgl. auch Erlass d. Nordrhein-Westf. Finanzministers (Anm. 130);

Anlehnung an § 419 BGB. die Ansicht vertreten, daß die Annahme einer Haftungsverpflichtung davon abhängig zu machen sei, daß der Funktionsnachfolger Vermögen des Funktionsvorgängers übernommen hat.[150] Entsprechend dem Gedanken des § 419 BGB. soll dann auch die Haftung des neuen Funktionsträgers auf das übernommene Vermögen beschränkt bleiben.
Gegenüber dieser Auffassung weisen Reinhardt [151] und Däubler [152] zu Recht darauf hin, daß nicht die Vermögensübernahme den Grund für die Erfüllungspflicht des neuen Funktionsträgers aus dem Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge bedeutet, sondern die Übernahme und Fortführung eines Funktionsbereichs. Wenn auch der Übergang eines Aufgabengebietes auf einen neuen Aufgabenträger oftmals gleichzeitig den Übergang von Vermögen des Aufgabenvorgängers mit sich bringt, so kommt damit einer Vermögensübernahme durch den Funktionsnachfolger jedoch keine haftungsbegründende Wirkung zu. Daher kommt auch eine Begrenzung der Haftung auf das übernommene Vermögen bei der Funktionsnachfolge nicht in Betracht.

6. Die Zuordnung der Rechte und Pflichten aus dem Reichskonkordat.

a) Die Funktionsnachfolge als geeignete Rechtsfigur zur Zuordnung von Rechtsverhältnissen des Deutschen Reiches.

Durch die Ereignisse von 1945, insbesondere die Umwandlung des Deutschen Reiches von einem Einheitsstaat in einen Bundesstaat, stellte sich die Frage nach dem Schicksal der Rechtsverhältnisse des Deutschen Reiches, soweit sie durch die Umwälzung nicht erloschen waren. Wie bereits auf S. 75 ff. und 125 ff.

---

150) E.R. Huber, Wirtschaftsveraltungsrecht, S. 221 ff.; RK. Koblenz, NJW. RzW. 54, 25; LG. Freiburg, MDR. 52, 551; LAG. Mannheim, BB. 52, 258;
151) NJW. 52, 466; 54, 277;
152) NJW. 54, 7.

zur Lösung dieser Frage ausgeführt, wurde zunächst versucht, die Rechtsverhältnisse des Deutschen Reiches durch Anknüpfung an den formalen Begriff der Identität der Rechtsperson des Deutschen Reiches als Einheitsstaat und dem bundesstaatlichen Gebilde der Bundesrepublik zuzuordnen.
Aus der Identität der Rechtsperson des Deutschen Reiches und der Bundesrepublik als Bundesstaat folgt, daß beide Staatsgebilde trotz erheblicher Unterschiede formell als dieselbe staatliche Rechtsperson angesehen werden. Wollte man diesen formellen Begriff der Identität als maßgebenden Gesichtspunkt für die Zuordnung der Rechtsverhältnisse des Deutschen Reiches heranziehen, so käme allein der Bundesstaat als mit dem Einheitsstaat des Deutschen Reiches in der Rechtsperson identisches Staatsgebilde in Betracht. Eine solche Lösung würde aber die Tatsache übersehen, daß bei der Umwandlung des Deutschen Reiches von einem Einheitsstaat in einen Bundesstaat in den einzelnen Gliedstaaten des Bundesstaates gleichfalls Gebilde mit eigenem Staatscharakter, wenn auch der Souveränität entbehrend, entstanden sind. Wenn der Einheitsstaat Träger der gesamten Staatsfunktionen war, so sind durch die Umorganisation in einen Bundesstaat sowohl der Bund als auch die Länder Träger staatlicher Funktionen geworden. Es entspricht daher nicht den tatsächlichen Verhältnissen, aufgrund der formalen Identität der Rechtsperson des Bundes und des Einheitsstaates die gesamten Rechtsverhältnisse des Einheitsstaates dem Bund als dem Gesamtstaat zuzuordnen.
Eine Zuordnung der Rechtsverhältnisse des Deutschen Reiches zu den Ländern ist mangels Anknüpfungsmöglichkeiten an die Rechtsperson des Einheitsstaates, die sich ja unverändert in der des Bundesstaates fortsetzt, nicht möglich.
Eine Anknüpfung an den formalen Begriff der staatlichen Rechtsperson erweist sich daher als nicht brauchbar, bei der Umwandlung eines Einheitsstaates in einen Bundesstaat die Frage der Zuordnung der Rechtsverhältnisse des Einheitsstaates in befriedigender Weise zu lösen, wie auf S. 75 ff. und 124 ff. dargelegt ist. Auch der

Begriff der Funktionsnachfolge zielt auf die Zuordnung von Rechtsverhältnissen ab. Er stellt aber dabei nicht auf die formale Gleichheit einer juristischen Person, sondern darauf ab, ob die betreffende Funktion des Deutschen Reiches nach der neuen Zuständigkeitsverteilung auf den Bund oder die Länder übergegangen ist. Dem jeweiligen Träger der Funktion werden die mit dem Funktionsbereich sachlich verknüpften Rechtsverhältnisse zugeordnet. Die Rechtsverhältnisse des Deutschen Reiches werden daher teils dem Bund, teils den Ländern zugeordnet, je nach dem, wem die Zuständigkeit für das betreffende Aufgabengebiet zukommt.
Die Funktionsnachfolge ordnet also, anders als der formale Begriff Identität, die Rechtsverhältnisse des Deutschen Reiches dem Träger staatlicher Aufgaben zu, der tatsächlich für das Gebiet, mit dem die Rechtsverhältnisse sachlich verknüpft sind, zuständig ist. Aus diesem Grunde ist die Funktionsnachfolge die geeignete Rechtsfigur, eine Zuordnung der Rechtsverhältnisse des Deutschen Reiches in befriedigender Weise zu treffen.[153)]
Es stellt sich nun die Frage, ob die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge auch zur Lösung der Frage herangezogen werden kann, ob und inwieweit die Länder verpflichtet sind, die Schulbestimmungen des Reichskonkordats von 1933 bei ihrer Schulgesetzgebung zu beachten.

b) Alleiniger Abschluß durch das Deutsche Reich.

Die Notwendigkeit einer anderen Zuordnung der Rechtsverhältnisse aus dem Reichskonkordat könnte sich aus der Tatsache ergeben, daß im Jahre 1933 allein das Reich mit dem Heiligen Stuhl das Konkordat abgeschlossen hat. Nach dem damals geltenden Verfassungsrecht hatte das Reich die Befugnis, gemäss Art. 10 Nr. 2 WRV, durch einfaches Gesetz Grundsätze über das Schulwesen aufzustellen. Außerdem gab das "Ermächtigungsgesetz" der Reichsregierung die Möglichkeit, von der Reichsverfassung abweichende Gesetze

153) so auch Thieme, S. 14, 15;

zu beschließen. Damit konnte das Reich für sich die Kompetenz in Anspruch nehmen, Verträge auf dem gesamten Gebiete des Schulwesens zu schließen und die entsprechenden Durchführungsgesetze zu erlassen. Das Reich konnte also die Zuständigkeit auf dem gesamten Gebiete des Schulwesens an sich ziehen.
Mit dem Zusammenbruch der gesamten Staatsstruktur des Deutschen Reiches im Jahre 1945 wurde der ganze Zuständigkeitskomplex des Schulwesens unter Mithilfe der Besatzungsmächte von den Ländern übernommen und von ihnen ausgeübt. [154] So bestimmte auch die neue Verfassungsordnung nach dem Bonner Grundgesetz, daß für das Gebiet des Schulwesens nach innen und aussen ausschließlich die Länder zuständig sind.
Aus dieser innerstaatlichen Kompetenzverschiebung erhebt sich die Frage, ob damit nicht die Länder durch die Abmachungen des Deutschen Reiches im Reichskonkordat hinsichtlich der Gestaltung des Schulwesens verpflichtet sind, da sie den gesamten Zuständigkeitskomplex des Schulwesens vom Deutschen Reiche übernommen haben.
Daher ist daraus, daß nach der damaligen Zuständigkeitsregelung das Reich mit dem Heiligen Stuhl das Konkordat abgeschlossen hat, kein Argument gegen die Möglichkeit herzuleiten, daß gemäss der heutigen Zuständigkeitsverteilung aus dem Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge die Länder aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats verpflichtet sind.

c) Identität Bundesrepublik - Deutsches Reich.

Demgegenüber kann nicht auf die Identität der Bundesrepublik mit dem Deutschen Reich verwiesen werden; zwar ist die Bundesrepublik als ein die einzelnen Glieder bundesstaatlich zusammenfassendes Staatsgebilde mit

---

154) vgl. Klein, Neues Deutsches Verfassungsrecht, S. 79 ff.

dem Deutschen Reiche staatsrechtlich identisch, doch ist diese Feststellung nicht für die Frage brauchbar, wem die Rechtsverhältnisse aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats zuzuordnen sind. Auch hier handelt es sich um die Frage, wem ein Rechtsverhältnis nach der Umwandlung in einen Bundesstaat zuzuordnen ist, die aus der Anknüpfung an die ~~äussere~~ Kontinuität der Rechtsperson (Identität Deutsches Reich - Bundesrepublik) nicht in befriedigender Weise beantwortet werden kann. Auf die Ausführungen S. 75 ff. und 131 ff. wird Bezug genommen.

Das Unbefriedigende einer Zuordnung der Rechtsverhältnisse aus dem Reichskonkordat aus einer Anknüpfung an die formale Rechtsperson wird gerade im Hinblick auf die Schulbestimmungen des Konkordats besonders deutlich. Wegen der Identität der Rechtspersonen wäre allein der bundesstaatliche Gesamtstaat Träger der Konkordatsvereinbarungen auf dem Gebiete des Schulrechts. Träger der Staatsfunktionen auf dem Gebiete des Schulwesens ist aber nach der heutigen Verfassungslage entsprechend der Umwandlung des Einheits- in einen Bundesstaat nicht der Bundesstaat, sondern es sind dies ausschließlich die einzelnen Gliedstaaten, die Länder. Da die Länder im Bereiche ihrer ausschließlichen Zuständigkeit durch Verpflichtungen des Bundesstaates nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht gebunden werden,[155)] jedenfalls aber der Bund daher die Einhaltung solcher Verpflichtungen durch die Länder nicht erzwingen kann, ergibt sich das kuriose, mindestens unbefriedigende Ergebnis, daß der Bundesstaat zwar völkerrechtlich verpflichtet ist, diese Verpflichtung mangels Zuständigkeit nicht verwirklichen kann, andererseits die Länder zwar zuständig, mangels Zuordnung der völkerrechtlichen Verpflichtung aber nicht erzwingbar gebunden sind. Zur Vermeidung dieses Ergebnisses drängt sich der Gedanke auf, gemäss der Funktionsnachfolge dem wahren Träger der Staatsfunktionen auf diesem Gebiete auch die sachlich damit zusammenhängenden Rechtsverhältnisse

---

155)

zuzuordnen. Die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge stellt sich daher auch für die Zuordnung der Rechtsverhältnisse aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats als geeignetes rechtliches Mittel dar.

d) Länder als Funktionsnachfolger.

Die Anwendung des Begriffs der Funktionsnachfolge setzt zunächst einen Wechsel in der Person des Aufgabenträgers voraus. Bei der Neuverteilung der staatlichen Funktionen aufgrund der Umwandlung des Deutschen Reiches von einem Einheits- in einen Bundesstaat sind die Länder neue Träger des Zuständigkeitskomplexes des Schulwesens geworden. Sie sind damit auf diesem Gebiete in den gesamten Aufgaben- und Lebensbereich des Deutschen Reiches zum Zwecke der kontinuierlichen Fortführung hoheitlicher Aufgaben eingetreten. Das Deutsche Reich als früherer Träger dieses Funktionsbereichs ist mit dem Verlust der Zuständigkeit auf diesem Sektor zwar nicht als Rechtsperson, aber doch als Funktionsträger forgefallen. Da das Institut der Funktionsnachfolge nicht auf die äussere Kontinuität der Rechtsperson, sondern auf den Wechsel des Trägers des Funktionsbereichs abstellt, ergibt sich aus der Nachfolge der Länder in den gesamten Zuständigkeitsbereich des Deutschen Reiches auf dem Gebiete des Schulwesens, daß die Länder auf diesem Gebiete Funktionsnachfolger des Deutschen Reiches geworden sind.

e) Ordnungsmässige Verpflichtung des Deutschen Reiches.

Voraussetzung einer Verpflichtung der Länder aus den Schulartikeln des Reichskonkordats unter dem Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge ist ferner, daß die konkordatäre Verpflichtung des Deutschen Reiches als damaligem Träger der staatlichen Funktion auf dem Gebiete des Schulwesens einer ordnungsmässigen Ausübung der mit diesem Sachbereich verbundenen Aufgaben entsprach.

Was den Abschluß des Reichskonkordats angeht, so entsprach es durchaus der damaligen verfassungsrechtlichen Lage, wenn das Deutsche Reich in Form eines völkerrechtlichen Vertrages eine Regelung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche traf und auf diese Weise Rechte und Verpflichtungen begründete. Das gilt auch für die Schulbestimmungen des Reichskonkordats, da das Deutsche Reich die Kompetenz auf diesem Gebiet an sich ziehen konnte (Art. 10 WRV, Ermächtigungsgesetz).
Was den Inhalt der Schulbestimmungen selbst betrifft, so ist das Deutsche Reich als damaliger Funktionsträger auf dem Gebiete des Schulwesens den Wünschen des Heiligen Stuhls für die Katholische Kirche im Deutschen Reich zwar weit entgegengekommen, keinesfalls aber so weit, daß die Vereinbarung der Schulbestimmungen, die in ihren Grundlagen auf dem Boden des Weimarer Verfassungssystems gewachsen sind, wegen ihres Inhalts nicht mehr einer ordnungsgemässen Ausübung der dem Deutschen Reich obliegenden Funktionen entsprochen hätte. Die Vereinbarung der Schulbestimmungen des Reichskonkordats von 1933 muß daher nach Form und Inhalt als ordnungsmässige Ausübung der Schulhoheit durch das Deutsche Reich angesehen werden.

f) Gefährdung der Rechtsposition.

Die Anwendung der Rechtsfigur der Funktionsnachfolge setzt ferner voraus, daß Rechte und Ansprüche eines Gläubigers durch einen Wechsel in der Rechtsperson des Funktionsträgers gefährdet werden.
Durch den Abschluß des Reichskonkordats von 1933 sind nach Maßgabe der Schulbestimmungen Rechtspositionen für den Heiligen Stuhl auf dem Gebiete des Schulrechts wirksam begründet worden und durch die späteren Ereignisse nicht wieder erloschen. Der damalige Vertragspartner, das Deutsche Reich, erfuhr - wie auf Seite 75 ff. dargelegt - eine Umwandlung vom Einheitsstaat in einen Bundesstaat in Gestalt der Bundesrepublik Deutschland.

Trotz dieser Strukturverschiedenheit sind beide Staatsgebilde staatsrechtlich miteinander identisch. Dadurch ist bei formaler Betrachtungsweise allein die Bundesrepublik als bundesstaatliches Gebilde völkerrechtlich aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats verpflichtet.

Die Umwandlung des Deutschen Reiches von einem Einheitsstaat in einen Bundesstaat brachte die Entstehung einer Anzahl neuer Rechtspersönlichkeiten in Gestalt der Länder mit sich. Damit waren mehrere neue Träger der vorher beim Deutschen Reich konzentrierten Staatsgewalt mit eigenem Staatscharakter, wenn auch ohne Souveränität, entstanden. Diese Strukturänderung führte, wie Seite 75 ff. ausgeführt, zu erheblichen Verlagerungen staatlicher Aufgaben und Zuständigkeitsbereiche. So wechselte unter anderem der gesamte Zuständigkeitskomplex des Schulwesens in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder, die auf diesem Gebiete sogar die Zuständigkeit besitzen, mit auswärtigen Staaten Verträge abzuschliessen. Die geltende Verfassungsordnung hat also den Zuständigkeitsbereich des Schulwesens in seinen Innen- und seinen Außenbeziehungen in die Hand der Länder gelegt. Andererseits ist für die Länder verfassungsrechtlich keine erzwingbare Verpflichtung zur Übernahme der auf diesem Gebiete bestehenden Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Abmachungen des alten Funktionsträgers ausgesprochen worden, wie aus den Darlegungen auf Seite 65 ff. zu entnehmen ist. So ist die Erfüllung der Ansprüche des Heiligen Stuhls aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats von einem Teil der Länder mit dem Hinweis abgelehnt worden, daß der bundesstaatliche Gesamtstaat und nicht die Länder die staatliche Rechtspersönlichkeit des Deutschen Reiches fortsetze und daher für die Länder keine Verpflichtung gegenüber dem Heiligen Stuhl bestehe, die Schulbestimmungen des Reichskonkordats zu beachten, obwohl die Länder den gesamten Zuständigkeitskomplex des Schulwesens übernommen haben.

Aus dem Wechsel in der Rechtsperson des Funktionsträgers ergeibt sich daher eine erhebliche Gefärdung der Rechtsposition des Heiligen Stuhls aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats. Gerade eine solche Gefährdung von Rechtsposition gegenüber einem Träger öffentlicher Gewalt durch einen Wechsel der Rechtsperson des Funktionsträgers aufgrund einer formalistischen, den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Betrachtungsweise soll durch die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge vermieden werden. Von daher sind die Voraussetzungen gegeben, die Rechtsverhältnisse aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats aufgrund des Begriffs der Funktionsnachfolge den neuen Trägern der Staatsaufgaben auf dem Sektor des Schulwesens zuzuordnen.

g) Funktionsnachfolge und Völkerrecht.

Bedenken gegen die Anwendung des Rechtsinstituts der Funktionsnachfolge, Rechte und Verpflichtungen aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats den Ländern zuzuordnen, könnten in der Erstreckung dieser Rechtsfigur auf das Gebiet des Völkerrechts bestehen. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Interessenlage bei einem Wechsel der Rechtsperson eines Trägers öffentlicher Funktionen völlig unabhängig davon ist, ob der Aufgabenbereich innerstaatlich beschränkt ist oder nicht. Ein Unterschied besteht allein in der Person des Anspruchsträgers. Im Gegensatz zu dem Gläubiger eines Trägers innerstaatlich beschränkter Aufgabenbereiche handelt es sich bei dem Träger hoheitlicher, über den innerstaatlichen Bereich hinausgehender Zuständigkeiten um ein Völkerrechtssubjekt. Es ist aber nicht einzusehen, daß bei gleicher Gefährdung von Rechtspositionen welcher Rechtssubjekte auch immer durch einen Wechsel in der Rechtsperson eines Trägers öffentlicher Aufgaben eine Rechtsperson, die nicht Subjekt des Völkerrechts ist, besser gestellt sein soll, als ein Völkerrechtssubjekt. Es ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb die Rechtsposition einer Rechtsperson ohne Völkerrechtseigenschaft, nicht aber eines Völkerrechtssubjektes aus dem Gesichtspunkt der Funktions-

nachfolge geschützt werden soll.
Außerdem erfordern das Prinzip des Rechtsstaates sowie die besondere Völkerrechtsfreundlichkeit der geltenden Verfassung, daß Verbindlichkeiten hoheitlicher Aufgabenträger aus völkerrechtlichen, in besonders feierlicher und verbindlicher Form abgeschlossenen, unter dem elementaren Grundsatz der Vertragstreue stehenden Verträge zumindest in gleicher Weise gewährleistet sind, wie Verbindlichkeiten des Staates gegenüber Rechtspersonen ohne den Charakter eines Völkerrechtssubjekts.
In diesem Zusammenhang ist ferner auf den allgemeinen Grundsatz des Völkerrechtes hinzuweisen, daß eine Neuverteilung von Kompetenzen und selbst die Umwandlung von einem Einheits- in einen Bundesstaat völkerrechtliche Pflichten nicht zum Erlöschen bringen.[156] Die Rechtsposition des Vertragspartners aus dem völkerrechtlichen Vertrage soll auch im Völkerrecht keinesfalls durch Änderungen in der Person des Aufgabenträgers gefährdet werden. Daher bestehen keine Bedenken, die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge auch auf Rechtsverhältnisse im Bereiche des Völkerrechts anzuwenden.[157]
Damit ist die Möglichkeit gegeben, die Funktionsnachfolge auch für die Zuordnung der Rechtsverhältnisse des Reichskonkordats, insbesondere der Schulbestimmungen, heranzuziehen. Das hat zur Folge, daß die Berechtigungen und Verbindlichkeiten aus dem Reichskonkordat dem Träger staatlicher Aufgaben zuzuordnen sind, der für den betreffenden Aufgabenkomplex zuständig ist. Das bedeutet, daß die Bestimmungen des Reichskonkordats teils den Bund, teils die Länder berechtigen und verpflichten, und zwar hinsichtlich der Schulbestimmungen die Länder, die den gesamten Aufgabenkomplex des Schulwesens vom Deutschen Reich übernommen haben.

---

156) Teil B, Anm. 19;
157) so auch Thieme, S. 28.

h) Zerreissung des Konkordats in Bundes- und in Landesrecht.

Es fragt sich, ob eine solche Aufteilung des einheitlich abgeschlossenen Reichskonkordats nach der jetzigen Zuständigkeitsverteilung möglich ist.
So vertritt vor allem Peters [158] die Auffassung, daß eine derartige "Zerreissung des einheitlich abgeschlossenen Vertragswerks nicht denkbar sei."
Mit Recht hält Thieme [159] dagegen, daß Art. 123 GG. eine Verteilung ehemals einheitlicher Gesetzgebungsakte gemäss der Veränderung der Zuständigkeiten nach dem Bonner Grundgesetz auf Bund oder Länder ausdrücklich ausspricht. Daraus ergibt sich, daß auch für einheitliche Gesetzgebungsakte die Möglichkeit besteht, sie einer späteren Zuständigkeitsverlagerung entsprechend aufzuteilen. Ausserdem ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, daß nach Art. 2 des Reichskonkordats die von Bayern, Baden und Preussen abgeschlossenen Landeskonkordate neben dem Reichskonkordat bestehen bleiben und die Bestimmungen des Reichskonkordats nur insoweit gelten sollten, als in den Landeskonkordaten keine Bestimmungen getroffen worden waren. Daran zeigt sich, daß die im Konkordat geregelten Sachbereiche schon von Anfang an in Landesrecht und Reichsrecht gespalten waren. Zudem sind die einzelnen, im Reichskonkordat geregelten Sachbereiche in sich so abgeschlossen, daß bei einer Aufteilung der einzelnen Gebiete in Landes- oder in Bundesrecht eine Verwirrung nicht zu befürchten ist. Es ergibt sich vielmehr aus Art. 2 des Reichskonkordats, daß eine Trennung der einzelnen im Reichskonkordat geregelten Gebiete in Landesrecht und Reichsrecht als den besonderen Umständen entsprechend sogar gewollt war. Daher muß die Ansicht abgelehnt werden, daß eine Trennung des Gesamtkomplexes des Reichskonkordats in Landesrecht und Bundesrecht wegen der Einheitlichkeit des Vertragswerks nicht möglich sei.

---

158) Gutachten v. 15.8.1955, in Konkordatsprozeß, Band II, S. 648 ff.;
159) S. 19.

Einem Übergang der Verpflichtungen aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats auf die Länder entsprechend der neuen Zuständigkeitsverteilung steht daher die Einheitlichkeit des Abschlusses des Konkordats nicht entgegen.

i) Qualität der Länder als völkerrechtliche Vertragspartner.

Eine Trennung der Bestimmungen des Reichskonkordats in Bundes- und in Landesrecht wäre dann allerdings abzulehnen, wenn die Länder schlechtere Vertragspartner des Heiligen Stuhls wären, so daß mit dem Übergang der Rechte und Pflichten aus den Schulbestimmungen auf die Länder die Rechtsstellung des Heiligen Stuhles verschlechtert würde. Durch die Umwandlung des Deutschen Reiches würden anstelle des Reiches als Einzelpartner mehrere Rechtspersonen in Gestalt der einzelnen Länder dem Heiligen Stuhl gegenübertreten. Dieses zahlenmässige Mehr bedeutet jedoch noch keine Schlechterstellung des Heiligen Stuhles. Mit Recht weist Thieme [160] darauf hin, daß es entscheidend darauf ankommt, von wem der Heilige Stuhl die Erfüllung der betreffenden Konkordatsbestimmungen mit größerer Sicherheit erwarten kann.
In der Verfassung ist den Ländern die ausschließliche Kompetenz für das gesamte Schulwesen übertragen worden. Diese Grundentscheidung der Verfassung geht so weit, daß dem Bund keine Handhabe gegeben ist, auf die eigenverantwortliche Durchführung der staatlichen Funktionen im Bereiche des Schulwesens durch die Länder zu beeinflussen.[161] Das bedeutet, daß allein die ausschließlich zuständigen Länder die Erfüllung der Schulbestimmungen des Reichskonkordats gewährleisten können, während der Bund auf den guten Willen der Länder angewiesen wäre, wenn er allein aus dem Reichskonkordat verpflichtet wäre.

---

160) S. 21;
161) vgl. BverfGE. 6, 309 ff.;

Auch eine völkerrechtliche Haftung des Bundes gegenüber dem Heiligen Stuhl für das Verhalten der Länder änderte nichts daran, daß allein die Länder die Verpflichtungen aus den Schulbestimmungen erfüllen können, da ausschließlich ihnen die Verfassung das gesamte Schulwesen zur eigenverantwortlichen Regelung übertragen hat.[162] Der Bund ist daher ein weitaus unsichererer Vertragspartner als die Länder, da sie allein nach der neuen Verfassungsordnung in der Lage sind, die Schulbestimmungen des Reichskonkordats in zuverlässiger Weise zu erfüllen.

k) Einseitige Auswechselung des Vertragspartners.

Wenn die Länder völkerrechtlich Vertragspartner des Heiligen Stuhls hinsichtlich der Schulbestimmungen des Reichskonkordats geworden sind, muß der staatliche Vertragspartner einseitig ausgewechselt worden sein. Es stellt sich daher die Frage, ob eine derartige Auswechselung eines Vertragspartners möglich ist.
Daß eine einseitige Auswechselung eines Trägers einer völkerrechtlichen Verpflichtung im Völkerrecht überhaupt möglich ist, ergibt sich aus den Grundsätzen bei der Veränderung der Staatenpersönlichkeit, der Staatensukzession.
In diesem Zusammenhang ist auch auf Art. 123 Abs. 2 GG. hinzuweisen, der davon ausgeht, daß nach der neuen Verfassungsordnung die Länder Träger von Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Verträgen des Deutschen Reiches geworden sind. Mit der Umorganisation des Deutschen Reiches hat sich zwar die Staatsstruktur geändert, die Rechtspersönlichkeit des Deutschen Reiches als Einheitsstaat ist aber durch die Umwandlung in einen Bundesstaat in Gestalt der Bundesrepublik Deutschland nicht verändert worden, sondern identisch. Daher kann in der Umwandlung vom Einheitsstaat in einen Bundesstaat keine Staatensukzession gesehen werden, so daß auch die dafür entwickelten

---

162) vgl. Klein, die mittelbare Haftung, S. 181.

Grundsätze für einen solchen Fall keine Anwendung finden können. [163] Wenn der ursprüngliche Vertragspartner trotz innerstaatlicher Veränderungen als Rechtsperson fortbesteht, bleibt dem Vertragsgegner in der Regel ein Partner erhalten, der zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten in der Lage ist. Daher sind innerstaatliche Umwälzungen und Verfassungsänderungen völkerrechtlich grundsätzlich unbeachtlich. Dieser Grundsatz beruht darauf, daß dem völkerrechtlichen Vertragspartner durch Änderungen im innerstaatlichen Bereich des Vertragsgegners keine Gefährdung seiner Rechtsposition aus dem völkerrechtlichen Vertrage erwachsen soll. Die Erhaltung der ungeschmälerten Rechtsposition aus dem völkerrechtlichen Vertrage trotz innerstaatlicher Änderungen steht daher im Vordergrund als Ausfluß des völkerrechtlichen Elementarsatzes: "pacta sunt servanda". Als rechtliches Mittel, diesen Zweck zu erreichen, führt im Normalfall der Völkerrechtssatz zum Ziel, daß innerstaatliche Änderungen eines Vertragspartners dessen völkerrechtliche Verpflichtungen unberührt lassen. Dieser Grundsatz erzielt jedoch ausnahmesweise hinsichtlich der staatlichen Verpflichtungen aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats nicht die gewünschte Wirkung, nämlich die Vermeidung einer Gefährdung der Rechtsposition des Vertragspartners durch innerstaatliche Veränderungen. Durch die Anknüpfung an die fortbestehende Rechtspersönlichkeit des Vertragspartners würde gerade das Gegenteil von Sinn und Zweck dieses rechtlichen Mittels erreicht. Die Rechtspositionen des Heiligen Stuhls aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats würden durch ihre Zuordnung zum Bundesstaat aufgrund des formellen Anknüpfungspunktes der identischen staatlichen Rechtspersönlichkeit in hohem Masse gefährdet. Das liegt an der Besonderheit, daß die geltende Verfassungsordnung die Zuständigkeit für den gesamten Komplex

163) Becker, Rechtsproblematik, S. 49, 52; BGHZ. 8, 169; a.A.M. Huber, S. 7; de Muralt, S. 78 ff.

des Schulwesens ausschließlich den Ländern als neuen Trägern staatlicher Aufgaben mit völkerrechtlicher Rechtsfähigkeit zugeordnet und dem Bundesstaat keine Möglichkeit eingeräumt hat, auf dieses Gebiet Einfluß zu nehmen.
Dazu kommt noch ein wesentlicher Gesichtspunkt; die Bundesrepublik ist kein reiner Bundesstaat, sondern trägt insoweit den Charakter eines Staatenbundes, als die Länder auf einigen Gebieten nicht gegen das Ausland abgeriegelt werden, sondern neue Völkerrechtssubjekte mit völkerrechtlicher Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit sein können.[164] Das ist gerade auf dem Gebiete des Schulwesens der Fall.
In diesem Zusammenhang ist ferner zu berücksichtigen, daß sich der Bundesstaat nicht unmittelbar aus dem Einheitsstaat entwickelt hat, sondern, abgesehen von besatzungsrechtlichen Bindungen, über in den Jahren 1945 - 1949 selbständige Länder entstanden ist.
Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß die Konkordate zwar auch zu den völkerrechtlichen Verträgen zählen, aber im Vergleich zu allgemeinen völkerrechtlichen Verträgen erhebliche Besonderheiten aufweisen. So treten sich bei einem Konkordat nicht zwei auswärtige Mächte mit eigenem Staatsgebiet und Staatsvolk gegenüber, sondern zwei Völkerrechtssubjekte, um auf dem Gebiet des Staates dessen Hoheitsrechte über das Staatsvolk gegenüber Rechtsansprüchen der Katholischen Kirche auf dem Gebiete der Kindererziehung und des regligiösen Lebens abzugrenzen. Daraus folgt, daß der Heilige Stuhl, anders als ein auswärtiger, von aussen herantretender Staat, in enger Verbindung mit den innerstaatlichen Verhältnissen steht.[165] So bestimmt z.B. Art. 14 Abs. 2 des Reichskonkordats, daß die Amtsträger des Heiligen Stuhls in Deutschland notwendigerweise deutsche Staatsangehörige sein müssen.

---

164) vgl. Ross S. 104;
165) vgl. Schätzel, Gutachten Konkordatsprozeß, S. 1113.

Das Konkordatsrecht ist daher in viel stärkeren Maße auf innerstaatliche Verhältnisse bezogen, als allgemeine völkerrechtliche Verträge, bei denen auswärtige Mächte von aussen an den deutschen Staat herantreten. Deshalb haben auch Zuständigkeitsänderungen durch die Verfassung viel stärkere Auswirkungen auf Konkordatsrecht.
Wenn der formelle Anknüpfungspunkt des Fortbestehsn der staatlichen Rechtspersönlichkeit im allgemeinen bei der Umwandlung eines Einheitsstaates in einen Bundesstaat das richtige rechtliche Mittel ist, die vertraglichen Rechtspositionen vor einer Gefährdung durch innerstaatliche Veränderungen beim Vertragspartner zu schützen, so erweist er sich für die Frage der Zuordnung der Rechte und Pflichten aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats wegen der besonderen staatsrechtlichen Verhältnisse, der Entstehung neuer Rechtssubjekte in Gestalt der Länder auf dem Gebiet des ehemaligen Deutschen Reiches sowie der besonders starken Beeinflussung des Konkordatsrechts durch Änderungen der innerstaatlichen Verhältnisse als ungeeignet. Diesen besonderen Verhältnissen sowie dem im Völkerrecht anerkannten Grundsatz, daß innerstaatliche Veränderungen bei einem völkerrechtlichen Vertragspartner nicht zu einer Gefährdung der Rechtsposition des Vertragsgegners führen darf, wird allein die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge gerecht. Sie ordnet die Rechtsverhältnisse aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats den Ländern als den innerstaatlich und völkerrechtlich für das Schulwesen zuständigen staatlichen Funktionsträgern zu, die auf diesem Gebiete in vollem Umfange die Funktionen des Einheitsstaates übernommen haben und fortführen. Es entspricht nur den tatsächlichen Verhältnissen, daß die Länder auf dem Gebiete des Schulrechts anstelle des Deutschen Reiches Vertragspartner des Heiligen Stuhls geworden sind, da trotz staatsrechtlicher Identität nicht der Bundesstaat die Staatsfunktionen des Deutschen Reiches auf dem Gebiete des Schulwesens ausübt, sondern ausschließlich die Länder,

die innerstaatsrechtlich wie völkerrechtlich in vollem Umfange Träger dieses Funktionskomplexes sind. Die Auswechselung des Vertragspartners ist daher kein Grund, aus dem sich die Anwendung der Funktionsnachfolge für die Zuordnung der Rechtsverhältnisse aus dem Reichskonkordat verbietet, zumal der Heilige Stuhl dadurch nicht schlechter, sondern besser gestellt ist.

1) Anerkenntnis der Anwendung der Funktionsnachfolge durch den Heiligen Stuhl.

Der Heilige Stuhl hat schließlich durch sein Verhalten die Anwendung der Funktionsnachfolge zur Zuordnung der Rechte und Pflichten aus dem Konkordat anerkannt, wie sich aus der Handhabung des Art. 16 des Reichskonkordats ergibt. Wie auf Seite 72 bereits ausgeführt ist, wird der nach Art. 16 RK. in die Hand des Reichsstatthalters bzw. des Reichspräsidenten zu schwörende Treueid der Bischöfe nicht in die Hand eines Bundesorgans geleistet, sondern in die Hand der zuständigen Landesbehörde,[166] obwohl trotz Bestehens von Landesorganen bei Abschluß des Konkordats Reichsbehörden für zuständig erklärt worden waren. Hier hat der Heilige Stuhl eindeutig die Folgerung aus den erfolgten staatlichen Veränderungen gezogen. Es kann nicht angenommen werden, daß der Heilige Stuhl die neue Verfassungsregelung im Hinblick auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nur auf Teilgebieten des Reichskonkordats anerkannt hat, sondern daß darin das Anerkenntnis zu erblicken ist, daß allgemein für die Zuordnung der Rechtsverhältnisse aus dem Reichskonkordat die Regeln der Funktionsnachfolge gelten. Für eine rechtlich und im Ergebnis befriedigende Lösung der Zuordnung des Reichskonkordats ist daher das Rechtsinstitut der Funktionsnachfolge heranzuziehen. Das bedeutet, daß die Länder als Funktionsnachfolger des Reiches auf dem Gebiete des Schulwesens Träger der Rechte und Pflichten aus den Schulbestimmungen des Reichskonkordats für 1933 geworden sind. Die Länder sind

166) Kaiser, S. 94 ff.; Thieme, S. 28, 29, vgl. insbesondere Anm. 5 (S. 72).

daher als Funktionsnachfolger unmittelbar gegenüber dem Heiligen Stuhl verpflichtet, die Schulbestimmungen des Reichskonkordats von 1933 bei der Gestaltung des Schulrechts zu beachten.

2

Der Chef der Staatskanzlei
es Landes Nordrhein-Westfalen
isterialdirigent Dr. Seeger

Düsseldorf, 17. Okt. 19 63/St.
Manuscriptmanuskript
I/3 - 113 - 9/63

Herrn
Rechtsanwalt
Karl-Otto H ü t t e r

42 O b e r h a u s e n
Marktstraße 65

Betr.: Eidesleistung der Bischöfe
Bezug: Ihr Schreiben vom 11. Oktober 1963 II/Wi.

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt!

Nach Artikel 16 des Reichskonkordats von 1933 leisten die Bischöfe den Bischofseid "in die Hand des Reichsstadthalters in dem zuständigen Land bzw. des Reichspräsidenten". Aus der Konkordatsbestimmung ist zu entnehmen, daß der Eid in die Hand dessen geleistet wird, der die Funktionen des Staatschefs ausübt.

In Nordrhein-Westfalen ist der Ministerpräsident - wie sich aus dem Zusammenhang verschiedener Bestimmungen der Verfassung ergibt - nicht nur Kabinettschef, sondern auch Staatschef. Er hat bisher den Eid der Bischöfe entgegengenommen.

Dies war schon die Rechtslage, bevor die Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen erlassen wurde. Demgemäß heißt es bei der Wiedergabe der Ausführungen des Ministerpräsidenten Arnold in dem Protokoll über die Vereidigung des Bischofs Dr. Michael Keller aus Münster am 24. Oktober 1947:

> "... In dieser Hoffnung und Zuversicht bitte ich Sie, Herr Bischof, nunmehr in meine Hand den Eid abzulegen, den zu schwören Sie hierher gekommen sind."

- 2 -

In gleicher Weise ist bei der Vereidigung der Bischöfe Dr. Johannes Pohlschneider aus Aachen am 27. Oktober 1954 und Dr. Franz Hengsbach aus Essen am 19. Dezember 1957 verfahren worden.

Bei der Vereidigung des Bischofs Professor Dr. Joseph Höffner aus Münster am 31. August 1962 war der Eid für die Länder Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen abzuleisten. Die Vereidigung hat Herr Ministerpräsident Dr. Meyers abgenommen. Herr Staatssekretär Dr. Müller war "als Vertreter des Niedersächsischen Ministerpräsidenten" erschienen.

Eine Fotokopie der Mitteilungen der Landesregierung Nordrhein-Westfalen vom 19. Dezember 1957, in der sich ein Sie wahrscheinlich interessierender Aufsatz von Herrn Ministerialdirigent Haugg findet, füge ich in der Anlage bei.

Mit vorzüglicher Hochachtung

3

Der
Niedersächsische
Ministerpräsident
- Staatskanzlei -
1 Nr. 4202/63
Bei Beantwortung wird gebeten, obiges Aktenzeichen und Datum dieses Schreibens anzugeben.

3 Hannover, Hohenzollernstraße 47, Postfach
Fernsprecher 66 65 51
Fernschreiber 922765
Sprechzeiten: Montag bis Freitag von 9 bis 13 Uhr
So.

22. Oktober 1963

Herrn
Rechtsanwalt Karl-Otto H ü t t e r

42 Oberhausen (Rhld.)
Marktstr. 65

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt!

Auf Ihr Schreiben vom 10. Oktober 1963 teile ich Ihnen mit, daß das Land Niedersachsen einen Vertrag mit einem auswärtigen Staat nicht abgeschlossen hat. Die Verhandlungen mit dem Heiligen Stuhle sind vertraulich, so daß hierüber noch keine Auskünfte erteilt werden können.

Mit vorzüglicher Hochachtung
Im Auftrage

Paesler

4

Senatskanzlei

Bremen, den 25. Oktober 1963
Rathaus
Fernruf: 361 2 655
Fernsprechzentrale: 3611
Fernschreiber: 024 4804 Senat Bremen

Herrn Rechtsanwalt
Karl-Otto Hütter

42 Oberhausen (Rhld.)
Marktstraße 65

Sehr geehrter Herr Hütter!

Auf Ihr Schreiben vom 22. 10. 1963 teile ich Ihnen mit, daß das Land Bremen - soweit ersichtlich - seit dem Jahre 1945 noch nicht als Völkerrechtssubjekt durch ein anderes Völkerrechtssubjekt anerkannt worden ist. Etwaige eigene Kulturabkommen, bei denen die angeschnittene Frage eine Rolle hätte spielen können, hat Bremen mit auswärtigen Staaten nicht abgeschlossen. Bremen hat auch keine Verhandlungen über Fragen, die im Reichskonkordat von 1933 geregelt worden sind, mit dem Hl. Stuhl geführt.

Zu der Frage, in wessen Hand der ernannte Bischof von Osnabrück, Dr. Franziskus Demann, und der ernannte Bischof von Hildesheim, Heinrich Maria Janssen, den Bischofseid geleistet haben, nehme ich wie folgt Stellung:

Der Bischof von Osnabrück, Dr. Franziskus Demann, legte am 20. 3. 1957 den Treueeid vor dem Herrn Ministerpräsidenten Hellwege, Niedersachsen, ab. In der Eidesformel gelobte Bischof Dr. Demann der Bundesrepublik Deutschland, der Freien und Hansestadt Hamburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein die Treue. Der Eid erstreckte sich nicht auf das Land Bremen. Bremen hatte im Hinblick auf das vor dem Bundesverfassungsgericht anhängige Konkordatsverfahren, in dem Bremen die Rechtsgültigkeit des Konkordats bestritt, eine Entgegennahme des Treueeides abgelehnt.

Am 9.5.1957 nahm ebenfalls Herr Ministerpräsident Hellwege den nach Art. 16 des Reichskonkordats vorgeschriebenen Treueeid - diesmal auch für das Land Bremen - von dem Bischof von Hildesheim, Heinrich Maria Janssen, entgegen. Die Eidesformel lautete:

> "Vor Gott und auf die heiligen Evangelien schwöre und verspreche ich, so wie es einem Bischof geziemt, der Bundesrepublik Deutschland sowie den Ländern Freie Hansestadt Bremen, Freie und Hansestadt Hamburg und Niedersachsen Treue. Ich schwöre und verspreche, die verfassungsmäßig gebildeten Regierungen zu achten und von meinem Klerus achten zu lassen. In der pflichtmäßigen Sorge um das Wohl und das Interesse des deutschen Staatswesens werde ich in Ausübung des mir übertragenen geistlichen Amtes jeden Schaden zu verhüten trachten, der es bedrohen könnte."

Die bis dahin in dieser Frage bei der Entgegennahme des Treueeides des Bischofs von Osnabrück eingenommene Haltung Bremens war hinfällig geworden, da Bremen mit seiner Rechtsauffassung, das Konkordat von 1933 sei rechtsunwirksam, vor dem Bundesverfassungsgericht nicht durchgedrungen ist.

Ich hoffe, Ihnen mit diesen Angaben gedient zu haben, und wünsche Ihrer Di-ssertation einen vollen Erfolg.

Mit vorzüglicher Hochachtung

i.V. Peimann

Peimann
Regierungsdirektor

5

Nr. III - 0410 - 35

Bayerische Staatskanzlei

München 22, den 23. 10.

Herrn
Rechtsanwalt Karl-Otto Hütter

Dr. Hütter
Rechtsanwalt und Notar
Eingegangen:
25. OKT. 1963
Oberhausen (Rhld.)

Oberhausen/Rhld.
Marktstraße 65

Betreff: Beziehungen des Freistaates Bayern zu auswärtigen Staaten

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt!

Der Freistaat Bayern hat seit 1945 eine Reihe von Verwaltungsabkommen mit auswärtigen Staaten abgeschlossen. Als Beispiel möchte ich ein Abkommen der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland, des Freistaates Bayern und der Republik Österreich über die Donaukraftwerk Jochenstein AG vom 13.2.1952 (unveröffentlicht), das Abkommen zwischen dem Freistaat Bayern und der Republik Österreich über die Anwendung der Salinenkonvention vom 25.3.1957 (BayGVBl. 1958 S. 167), das Abkommen zwischen der Regierung des Freistaates Bayern und der Bundesrepublik Österreich über die Regelung der Wasserkraftnutzung der Saalach vom 20.7.1959 (BayGVBl. 1959 S. 209) und das Übereinkommen über den Schutz des Bodensees gegen Verunreinigung vom 27.10.1960 (BayGVBl. 1961 S. 237) anführen, das zwischen dem Land Baden-Württemberg, dem Freistaat Bayern, der Republik Österreich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft abgeschlossen worden ist. Erst kürzlich wurde

./.

zwischen der Bayerischen Staatsregierung und der Österreichischen Bundesregierung am 12.9.1963 ein Abkommen über die Regelung des Almweideviehverkehrs unterzeichnet.

Mit dem Hl. Stuhl wurde am 30.8.1958 ein Verwaltungsabkommen über die Lehrerbildung von der Bayerischen Staatsregierung geschlossen.

Hoffentlich habe ich Ihnen mit diesen Angaben dienen können.

Hochachtungsvoll

Im Auftrag

(Dr. Maußer)
Ministerialrat

6

DER HESSISCHE MINISTERPRÄSIDENT
STAATSKANZLEI

Wiesbaden, den 22. Oktober 19 63

Aktenzeichen: 7 o 18
(Bei Antwort bitte angeben)

Herrn
Rechtsanwalt Karl Otto Hütter
42/ Oberhausen/Rhld
Marktstr.65

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt!

Auf Ihre Anfrage vom 10.10.63 teile ich mit, dass Hessen seit 1945 keinen völkerrechtlichen Vertrag abgeschlosse hat. Auch sonstige Akte von anderen Völkerrechtssubjekten, die als Anerkennung Hessens als Partner im völkerrechtlichen Verke gedeutet werden könnten, sind nicht bekannt.

Mit dem Hl. Stuhl sind keine Verhandlungen über Gegenstände geführt worden, die im Reichskonkordat von 1933 geregel sind. Das Land hat jedoch am 9.3.63 einen Vertrag mit den katholischen Bistümern in Hessen über finanzielle Fragen abgeschlossen, dem der Hl. Stuhl zugestimmt hat (Gesetz zu dem Vertrag des Landes Hessen mit den katholischen Bistümern in Hessen vom 4.7.63 (GVBl.S.102; Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Vertrages ... v.7.8.63 GVBl.S.116).

Ich hoffe, dass Ihnen mit diesen Angaben gedient ist.

Mit vorzüglicher Hochachtung
I.A.

Dr. Wissenbach

7

RHEINLAND-PFALZ
Staatskanzlei

Az. 6040
(Bei Antwortschreiben Aktenzeichen angeben)

6500 Mainz, den 25. Oktober 1963
Rheinstraße 115
Fernschreiber 04187652
Fernruf 2021 } Nebenstelle
bei Durchwahl 202 } 734

Herrn
Dr. jur. Karl-Otto Hütter
Rechtsanwalt und Notar

4200 Oberhausen/Rheinland
Marktstraße 65

Betr.: Artikel 32 Abs. 3 des Grundgesetzes
Bezug: Ihre Anfrage vom 22. Oktober d.J.

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt!

Das Land Rheinland-Pfalz hat in Ausschöpfung seiner Kompetenzen nach Artikel 32 Abs. 3 Grundgesetz bisher mehrere Staatsverträge und Verwaltungsabkommen mit dem Großherzogtum Luxemburg abgeschlossen. So erfolgte am 25.4.1950 der Abschluß eines Staatsvertrags über die Errichtung einer Wasserkraftanlage an der Sauer bei Rosport - Ralingen (Gesetz- und Verordnungsblatt 1950 S. 932). An diesen Vertrag schloß sich der Staatsvertrag über die Errichtung von Wasserkraftanlagen an der Our vom 10.7.1958 an (Gesetz- und Verordnungsblatt 1959 S. 13). Der Wiederaufbau der zerstörten Grenzbrücken wurde durch eine Vereinbarung zwischen der Regierung des Großherzogtums Luxemburg und den Regierungen der Länder Rheinland-Pfalz und Saarland über die Finanzierung des Wiederaufbaues und des Unterhalts von Grenzbrücken geregelt. Dieses Abkommen war nicht

ratifikationsbedürftig. Es wurde am 11. Juli 1959 gleichzeitig mit dem deutsch-luxemburgischen Ausgleichsvertrag durch Ministerpräsident Dr. Altmeier für Rheinland-Pfalz, Justizminister von Lautz für das Saarland und Außenminister Schaus für das Großherzogtum Luxemburg unterzeichnet. Die Unterzeichnung des deutsch-luxemburgischen Ausgleichvertrags erfolgte durch Bundesaußenminister von Brentano und den luxemburgischen Außenminister.

Verhandlungen mit dem Heiligen Stuhl über Einzelfragen, welche im Reichskonkordat von 1933 geregelt worden sind, haben bisher noch nicht stattgefunden. Das Land hat sich aber seit seinem Bestehen als Vertragspartner des Heiligen Stuhls hinsichtlich der Konkordate angesehen. Ministerpräsident Dr. Altmeier hat am 10. Dezember 1949 anlässlich des Empfangs des Regenten der Apostolischen Nuntiatur in Deutschland folgende Erklärung abgegeben:

"Unser Land ist aus ehemaligen preußischen, bayrischen und hessischen Gebietsteilen gebildet.

Auf Grund dieser Tatsache betrachtet es sich für die jeweiligen Gebiete auch als Rechtsnachfolger und Vertragspartner des Heiligen Stuhles hinsichtlich des Bayerischen und Preußischen Konkordates.

Unsere Verfassungsgebende Landesversammlung hat die Rechtsgültigkeit und Fortgeltung der Konkordate ausdrücklich anerkannt und die Landesregierung hat daher die Konkordate stets praktisch gehandhabt und gewissenhaft beobachtet. Die gleiche Haltung nimmt die Landesregierung zu den Bestimmungen des Reichskonkordates ein. Da nach dem Grundgesetz kirchen- und kulturpolitische Angelegenheiten nunmehr in die Zuständigkeit

der Länder fallen, hat der Artikel 123 des Grundgesetzes die Länder an die früher dem Reich obliegenden Konkordatsverpflichtungen gebunden. Diese Bindung wird vom Lande Rheinland-Pfalz anerkannt und beachtet."

In seiner Antwortrede führte S. Exzellenz Bischof A.J. Muench u.a. folgendes aus:

"Mit einer ganz tiefen Genugtuung wird Seine Heiligkeit davon Kenntnis nehmen, daß die Hohe Staatsregierung Ihres Landes soeben durch den Mund Ihres Herrn Ministerpräsidenten erneut eine klare Stellungnahme ausgesprochen hat zugunsten der Fortdauer der zwischen Staat und Kirche feierlich geschlossenen Verträge. Man darf wohl sagen, daß diese gegenseitige Vertragstreue ein nicht unbeachtlicher Beitrag war zur Sicherung der Rechtskontinuität und zur Wiederherstellung geordneter Staatsverhältnisse in einer Lage, die zur Auflösung oder doch bedauerlicher Unklarheit des staatlichen Gefüges zu führen drohte."

Beide Reden sind in einer Beilage zum Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 27/50 abgedruckt.

Bei der Ernennung vakanter bischöflicher Sitze nach 1945 ist die Apostolische Nuntiatur regelmäßig davon ausgegangen, daß die Konkordate zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Lande Rheinland-Pfalz Gültigkeit haben. So erfolgte die Eidesleistung S. Exzellenz des Bischofs von Speyer vor dem Herrn Ministerpräsidenten am 30. Januar 1953. In gleicher Weise wurde bei der Neubesetzung des Bischöflichen Stuhls in Mainz am 30. Mai 1962 verfahren. Bei der Neubesetzung des Bischöflichen Stuhls in Trier Anfang 1952 ergab sich die Schwierigkeit, daß ein Groß-

teil der Diözese zu dem damaligen Saargebiet gehörte. Um zu vermeiden, daß die Eidesleistung auch auf das damalige Saarregime erfolgen müsse, wurde auf eine Eidesleistung verzichtet und dafür folgende Erklärungen abgegeben:

"Seine Exzellenz, der Hochwürdigste Herr Bischof von Trier, Dr. Matthias W e h r und der Herr Ministerpräsident des Landes Rheinland-Pfalz, Peter Altmeier, sind dahin übereingekommen, daß die in Artikel 16 des Reichskonkordates vom 20. Juli 1933 vorgesehene Eidesleistung ausnahmsweise unterbleibt. Diese Unterlassung der Eidesleistung ändert nichts an den wechselseitigen Rechten und Pflichten zwischen Staat und Kirche, wie sie auf Grund der Konkordate, des Grundgesetzes, der Landesverfassung, der Gesetze und des Herkommens bestehen.

Dies wird hiermit ausdrücklich bekräftigt.

Trier, den 15. März 1952	Mainz, den 15. März 1952
gez. Dr. Wehr (Dr. Wehr) Bischof von Trier.	gez. Altmeier (Altmeier) Ministerpräsident."

Die Vereidigung des Bischofs von Limburg erfolgte 1949 vor der Hessischen Landesregierung. Hierzu hat Herr Ministerpräsident Altmeier am 6.8.1949 gegenüber S.Exzellenz Bischof Dr. Kempf folgendes erklärt:

"Die Landesregierung betrachtet den von Ihnen vor dem Ministerpräsidenten unseres Nachbarlandes Hessen geleisteten Eid, in dem Sie die Treue zur Bundes- und Landesverfassung in feierlicher Form versicherten, selbstverständlich auch für die amtlichen Beziehungen zu unserem Lande als gültig und rechtverbindlich. Dementsprechend wird die Landesregierung von

Rheinland-Pfalz wie bisher, so auch in Zukunft von sich aus alles tun, um eine freundschaftliche Zusammenarbeit zwischen Staat und Kirche sicherzustellen, wie sie sich aus den staatskirchenrechtlichen Bestimmungen unserer Landesverfassung und aus den zwischen Staat und Kirche abgeschlossenen Verträgen, den Konkordaten zwischen dem Heiligen Stuhl und dem früheren Land Preußen, dem Land Bayern und dem Deutschen Reich ergeben."

8

DER HESSISCHE MINISTERPRÄSIDENT
Staatskanzlei

6200 Wiesbaden, den 13.Nov. 19 63
Bierstadter Straße 2
Sammelnr.: 5671
Durchwahl: 567.....

Aktenzeichen 47 a 02
(Bei Antwort bitte angeben)

Herrn
Rechtsanwalt Karl Otto Hütter

42/ Oberhausen/Rhld
Marktstr.65

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt!

Auf Ihre weitere Anfrage vom 2.11.63 teile ich mit, dass im November 1957 Ferdinand Dirichs und im Juli 1949 Dr. Wilhelm Kempf zum Bischof in Limburg bestellt wurden.

Am 19.11.47 leistete Bischof Ferdinand Dirichs vor dem Hessischen Ministerpräsidenten folgenden Treueid:

"Vor Gott und auf die heiligen Evangelien schwöre und verspreche ich, so wie es einem Bischof geziemt, dem Deutschen Volk und dem Lande Hessen Treue. Ich schwöre und verspreche, die Verfassung des Landes Hessen zu achten und von meinem Klerus achten zu lassen. In der pflichtmässigen Sorge um das Wohl und das Interesse des Deutschen Staatswesens werde ich in Ausübung des mir übertragenen geistlichen Amtes jeden Schaden zu verhüten trachten, der es bedrohen könnte."

In das Protokoll über die Eidesleistung wurden folgende Vorbehalte aufgenommen:

"Nach der Eidesleistung erklärt Seine Exzellenz, der Herr Bischof von Limburg, dass durch den erfolgten Staatsakt etwaige Rechtsfolgen, die sich aus der Fortgeltung des zwischen dem Hl. Stuhl und dem Deutschen Reich geschlossenen Konkordats vom 20.7.1933 ergeben könnten, nicht berührt werden sollen.

Herr Ministerpräsident Stock erklärt, dass er diese Erklärung des Herrn Bischofs von Limburg zur Kenntnis nimmt und teilt mit, dass vom Standpunkt der Hessischen Landesregierung gesehen, bei dem soeben erfolgten Staatsakt die Frage, welche Rechtsverhältnisse sich aus dem Konkordat zwischen dem Hl. Stuhl und dem Deutschen Reich vom 20.7.1933 und dem Konkordat zwischen dem Hl. Stuhl und dem Freistaat Preußen vom 3.8.1929 für das Land Hessen ergeben könnten, ausdrücklich dahingestellt bleibt."

Am 23.7. 1949 leistete der Bischof von Limburg Dr. Wilhelm Kempf vor dem Ministerpräsidenten folgenden Treueid:

"Vor Gott und auf die heiligen Evangelien schwöre und verspreche ich, so wie es einem Bischof geziemt, dem Deutschen Volk und dem Lande Hessen Treue. Ich schwöre und verspreche, das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und die Verfassung des Landes Hessen zu achten und von meinem Klerus achten zu lassen.

In der pflichtgemässen Sorge um das Wohl und das Interesse des deutschen Staatswesens werde ich in Ausübung des mir übertragenen geistlichen Amtes jeden Schaden zu verhüten trachten, der es bedrohen könnte."

In das Protokoll wurden keine Vorbehaltserklärungen aufgenommen. In den Vorverhandlungen hatte die Landesregierung die Aufnahme eines Vorbehalts entsprechend dem 1947 gemachten gewünscht. Das Bischöfliche Ordinariat hat jedoch, von einer Aufnahme dieses Vorbehaltes in das Protokoll abzusehen. Diesem Wunsch wurde von der Landesregierung ohne Aufgabe des bisher eingenommenen Rechtsstandpunkts entsprochen.

Ich hoffe, dass Ihnen diese Angaben genügen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

I.A.

Lebenslauf.

Am 22. April 1935 wurde ich in Oberhausen (Rhld) als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. Otto Hütter und seiner Ehefrau Anita geb. Albrecht geboren. Nach dem Besuch des Staatl. Gymnasiums in Oberhausen studierte ich in Bonn, Göttingen und Münster Rechts- und Staatswissenschaften. Am 20. Dezember 1958 bestand ich meine erste und am 6. Dezember 1962 meine zweite juristische Staatsprüfung. Anschließend ließ ich mich in Oberhausen als Rechtsanwalt nieder, wo ich gemeinsam mit meinem Vater eine Praxis führe.

Druck: Gerd Wasmund Köln Dasselstraße 24 Telefon 230222
Zweigstellen: Aachen Friesenststraße 13 Telefon 27266
Gelsenkirchen-Schalke Gewerkenstraße 3 Telefon 25575